

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO**

RAMAÍS DE CASTRO SILVEIRA

DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS?

**Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-
STF, à luz de um pressuposto deliberativo**

**BRASÍLIA
2016**

RAMAÍS DE CASTRO SILVEIRA

**Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição,
na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira**

**BRASÍLIA
2016**

RAMAÍS DE CASTRO SILVEIRA

Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 29/03/ 2016

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira (orientador)
Faculdade de Direito da UFSC/PPGD UnB

Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto (membro)
Faculdade de Direito da UFRGS

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori (membro)
Faculdade de Direito da UFSC

Prof. Dr. Valcir Gassen (membro)
Faculdade de Direito da UnB

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar (membro)
Faculdade de Direito da UnB

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo (suplente)
Faculdade de Direito da UnB

Dedicatória

Dedico este trabalho a todos aqueles e todas aquelas que acreditam e lutam pela democracia, sobretudo aos que continuam tentando defini-la. A senda é de uma riqueza e urgência inestimáveis.

Agradecimentos

Quem decidiu que trabalhos acadêmicos teriam “agradecimentos” agiu em franco douramento de pílula. É de pedido de desculpas que aqui se trata.

Desculpas à Cler e ao Gabriel, que sentiram menos minha falta do que eu a deles – difícil comparação.

Desculpas à Roberta, minha amada companheira de jornada, por todos os filmes que perdemos, pelas madrugadas em que a acordei ao ir deitar (e pelas manhãs em que eu não consegui acordar) e por ter sabido aproveitar tão pouco das sugestões cruciais que me deu para que essa tese entrasse no prumo.

Desculpas a minha mãe Mariléa, por tê-la feito sair de casa às segundas e terças de noite (mesmo em dias frios), por ter ido pouco à Serra e por ter pedido a revisão do *résumé* tão em cima da hora.

Desculpas aos meus amigos e amigas, sobretudo Sérgio Abíbi e Kemir, com quem não pude conviver.

Desculpas ao meu pai, por não tê-lo ajudado com a casa de São Chico.

Desculpas ao meu orientador, Prof. Cláudio Ladeira, por ser mais cabeça dura do que o razoável.

Desculpas aos gentis membros da banca, por ter nascido sem o dom da concisão.

Agradeço a todos e todas por aceitarem minhas desculpas; aos amigos e colegas Flávia Carlet, Marcelo Torelly, Verônica Gonçalves e Marcelo Cafrune pelas inúmeras vezes em que me acolheram em Brasília; ao Prof. Juliano Benvindo, ao Valgmar e à CAPES por viabilizarem materialmente o trabalho; e a todas as funcionárias do PPGD/UnB, na pessoa da Euzilene, pela dedicação e inestimáveis auxílios.

RESUMO

A ascensão do poder judiciário como um importante *player* da política foi captada pela academia jurídica brasileira sob o signo do ativismo judicial e da judicialização da política. A preocupação que esta nova postura, notadamente do STF, causa dirige-se, principalmente, ao grau de legitimidade democrática que decisões do tribunal possam ter, sobretudo quando atua, em controle de constitucionalidade, invalidando leis aprovadas pelo parlamento eleito. Um conjunto de doutrinas reivindica a ideia do diálogo constitucional com vistas a lidar com esta preocupação. São, contudo, diversos os pressupostos teóricos e mesmo os parâmetros de análise empregados, exigindo que se defina e explicita o porquê de se adotar um determinado enfoque dialógico para analisar a qualidade da adjudicação constitucional. Com base no conceito de diálogos constitucionais que os entende como troca efetiva de argumentos entre os poderes, procedeu-se à verificação empírica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, concluindo que ele não é dialógico no que diz respeito à postura do Supremo Tribunal Federal em relação aos argumentos do Congresso Nacional; havendo diálogo, por outro lado, quando é a atitude do legislativo que se está a considerar.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; diálogos constitucionais; democracia deliberativa.

ABSTRACT

The rise of the judiciary as an important political player was captured by Brazilian legal academia under the label of judicial activism and the judicialization of politics. The concern that this new posture brings, notably the action of Supremo Tribunal Federal, above all, is the degree of democratic legitimacy that court decisions can have, especially when it acts in judicial review, invalidating Laws passed by the elected parliament. A set of doctrines claims the idea of constitutional dialogue to address this concern. There are, however, several theoretical assumptions and even employees analysis parameters named “constitutional dialogue”, demanding to define and explain the reason for adopting a particular dialogical approach to analyze the quality of constitutional adjudication. Based on the concept of constitutional dialogue that understands it with how effective are the exchange of arguments between the powers, we proceeded to the empirical verification of the Brazilian system of judicial review, concluding that it is not dialogical with regard to the attitude of the Supreme Court in to the arguments of the National Congress; there is dialogue, on the other hand, when it is the attitude of the legislature that if you are considering.

Keywords: constitutional review; constitutional dialogues; deliberative democracy.

RÉSUMÉ

L'ascension du pouvoir judiciaire au rôle d'acteur politique important a été interprétée par la communauté juridique universitaire brésilienne sous le signe de l'activisme judiciaire et de la judiciarisation de la politique. La préoccupation que cette nouvelle posture, notamment du STF, produit, s'adresse principalement au degré de légitimité démocratique que les décisions de cette cour puissent avoir, surtout quand elle agit pour contrôler la constitutionnalité, invalidant des lois votées par le parlement élu. Un ensemble de doctrines revendique l'idée du dialogue constitutionnel pour répondre à cette préoccupation. Il y a, cependant, plusieurs hypothèses théoriques et même des paramètres d'analyse employés, exigeant de définir et d'expliquer la raison de l'adoption d'une approche dialogique particulière pour analyser la qualité des décisions constitutionnelles. Basé sur le concept de dialogues constitutionnels, qui les conçoit comme l'échange effectif d'arguments entre les pouvoirs, on a procédé à la vérification empirique du système brésilien de contrôle de la constitutionnalité, et on a arrivé à la conclusion qu'il n'est pas dialogique en ce qui concerne à l'attitude du STF à propos des arguments du Congrès National; il ya un dialogue, par contre, quand il s'agit de considérer l'attitude du pouvoir législatif.

Mots-clés: contrôle constitutionnel; dialogues constitutionnels; démocratie délibérative.

“No Brasil, constitucional não é o que está escrito na Constituição, mas o que o STF diz que está. Às vezes, as interpretações coincidem com o texto da Carta Magna. Outras, não. O que conta é o ‘entendimento’ desses homens acima do bem e do mal.” (Juremir Machado da Silva, disponível em <http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/>, postado e acessado em 23/09/2015)

Sumário

Introdução	12
Capítulo 1 – As preocupações com a soberania do judiciário	29
1.1 Acordo semântico – alguns conceitos relevantes e suas conotações	32
1.1.1 Palavra final e supremacia.....	32
1.1.2 Judicialização da política e ativismo judicial.....	33
1.1.3 Democracia e democratização.....	33
1.2 Algumas disputas de poder entre legislativo e judiciário no Brasil atual	39
1.2.1 Autoridade responsável por declarar a cassação de mandatos parlamentares.....	41
1.2.2 Novos partidos: restrições a direito de antena (tempo de tv e rádio) e acesso ao fundo partidário.....	51
1.2.3 Financiamento das campanhas eleitorais	60
1.2.4 Rito do processo de <i>impeachment</i>	71
1.3 Reações fortes do Congresso à supremacia do STF	80
1.3.1 PEC 03/2011 – sustação de atos normativos do judiciário.....	80
1.3.2 PEC 33/2011 – compartilhamento da adjudicação constitucional	86
1.3.3 Projeto de resolução da Câmara (PRC) nº 21/2011 – criação da Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário	92
1.3.4 Outros exemplos de reações fortes do Congresso.....	93
1.4 Palavra final com o Legislativo	95
1.5 Porque secundarizar a angústia pela última palavra	131
2. Decisão compartilhada? As teorias do diálogo constitucional como resposta à preocupação com a última palavra	134
2.1 A tipologia das teorias dialógicas de Bateup	135
2.1.1 Teorias do Método Judicial (<i>Theories of Judicial Method</i>)	142
2.1.1.1 Aconselhamento judicial (<i>Judicial Advice-Giving</i>).....	142
2.1.1.2 Decisões centradas no procedimento (<i>Process-Centered Rules</i>)	144
2.1.1.3 Minimalismo judicial (<i>Judicial Minimalism</i>)	145
2.1.2 Teorias Estruturais do Diálogo (<i>Structural Theories of Dialogue</i>).....	148
2.1.2.1 Teorias da Construção Coordenada (<i>Coordinate Construction Theories</i>)	148
2.1.2.2 Teorias do Princípio Jurídico (<i>Theories of Judicial Principle</i>).....	151
2.1.2.3 Teorias do Equilíbrio (<i>Equilibrium Theories</i>).....	156
2.1.2.4 Teorias da Parceria (<i>Partnership Theories</i>).....	160
2.1.3 Uma Promissora Teoria Dialógica	163

2.2 A superioridade epistêmica do diálogo: o valor da deliberação para interpretação constitucional	167
2.3 Conceito de diálogos constitucionais que utilizaremos	193
2.3.1 Implicações do conceito adotado	203
2.3.2 Os casos em que o ministro Barroso considera haver diálogos – podemos concordar?.....	208
2.3.3 Diálogos constitucionais para o ministro Luiz Fux	214
2.4 A obrigação jurídica de consideração dos argumentos constitucionais do legislativo pelo judiciário.....	219
3. Metodologia da pesquisa empírica.....	225
3.1 Focos de pesquisa que não serão explorados	244
4. Sistema Brasileiro de Controle Concentrado de Constitucionalidade: dialógico?.....	266
4.1 Argumentos do legislativo são considerados?	266
4.2 Argumentos do judiciário são considerados?	333
4.3 Emendas de <i>override</i> e leis <i>in your face</i> – mais uma chance para relevar as razões do outro	379
4.4 Balanço da deliberação interinstitucional no Brasil	403
5. Considerações finais.....	415
Bibliografia.....	424
LIVROS.....	424
ARTIGOS.....	431
TESES E DISSERTAÇÕES	447
Anexo 1 - Listagem das ADIns que tiveram os acórdãos analisados quanto à consideração dos argumentos do Congresso Nacional.....	449
Anexo 2 - Listagem das ADIns que foram excluídas da análise e razões para tal	455
Anexo 3 - Listagem dos ofícios de comunicação de declaração de inconstitucionalidade, enviados pelo STF, que foram analisados quanto à consideração dos argumentos de seus respectivos acórdãos.....	464
Anexo 4 - Listagem dos ofícios de comunicação de declaração de inconstitucionalidade, enviados pelo STF, que foram excluídos da análise e razões para tal.....	473
Anexo 5 - Listagem das ADIns sobre Emendas Constitucionais de <i>override</i> e leis <i>in your face</i> que tiveram os acórdãos analisados quanto à consideração dos argumentos do Congresso Nacional.....	486

Introdução

O “senso comum teórico dos juristas”¹, no Brasil, é de que quem decide sobre o significado da Constituição é o Supremo Tribunal Federal (STF).² Mais: uma vez decidido, este mesmo senso comum considera que não há como rever esta decisão, a menos que o próprio tribunal decida fazê-lo. É assim que o assunto é abordado nas faculdades de direito,³ é também como a imprensa o veicula e, mais que tudo, é como pensa institucionalmente o STF.⁴

¹ WARAT (1982). Agradeço aos professores Luiz Henrique Cademartori e Valcir Gassen pela referência ao conceito.

² Veja-se Campos (2014), Carvalho Filho (2014), Dimoulis; Lunardi (2011), Clève (2015), Valle (2009) e Vieira (2009). Souza Neto e Sarmento (2013:135) dizem o mesmo em outras palavras: “A visão convencional sobre interpretação constitucional é no sentido de que cabe ao Supremo Tribunal Federal dar a ‘última palavra’ sobre o que significa a Constituição. [...]”. Clève (2015:8) lança que “[p]erante o conjunto de reformas promovidas no Judiciário nacional nas duas décadas passadas, é possível afirmar que a jurisdição constitucional brasileira ganhou feição ‘concentradora’ e ‘vinculante’, características que foram somadas ao advento da súmula vinculante e necessidade da demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário.” E Barroso (2014:271) afere que “[n]o caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a corte suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas [...]”. Vieira (2009:487-488) chama o fenômeno de “supremocracia”, comparando o caso brasileiro apenas ao indiano, em que a corte também invalida emendas constitucionais: “[...] dada a ambição constitucional e a larga esfera do Tribunal, o Supremo passa a ser responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que no Brasil têm natureza constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido a Suprema Corte indiana talvez seja que partilhe o status ‘supremocrático’ do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para traz uma posição mais ativista.” Em verdade, o senso é mesmo de que o judiciário tudo pode. O Tribunal Superior Eleitoral teria legitimidade para cassar o mandato de uma presidente eleita. O Tribunal de Contas da União (só porque se chama “tribunal”) teria poder para declarar a ocorrência de crime de responsabilidade dessa mesma presidente (que a poderia levar ao impedimento, só porque se chama “crime”). *O TCU não faz parte do judiciário; crime de responsabilidade não é infração penal.

³ O deputado Nazareno Fonteles, em discurso de grande expediente da Câmara dos Deputados de 02 de maio de 2012, teceu as seguintes afirmações, tratando do tema do controle de constitucionalidade e da pretensa usurpação de poder por parte do judiciário: “***Eu li teses e mais teses de doutorado e continuo estudando. E percebi que, no nosso País, as escolas de Direito não o ensinam de maneira democrática. Dão somente a visão que interessa ao Judiciário como corporação e não a visão republicana, de interesse do povo e da democracia verdadeira. É preciso que vençamos isso. Eu tenho uma filha formada em Direito. Quando cuidei dessas questões, ela me disse: ‘Nunca ouvi falar sobre isso, papai. Nunca. Nem para citar, para lermos sobre o assunto.’***”

⁴ Ver, por exemplo, trecho da ementa da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) 3345, de lavra do ministro Celso de Mello: “[...] o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere,

É comum ver a grande maioria da academia jurídica brasileira dedicar compêndios e mais compêndios a teorias da interpretação, que buscam identificar formas prescritivas pelas quais os juízes – e sobretudo os constitucionais – devem exercer este poder verdadeiramente soberano de decidir por último, seja com maior ou menor ativismo.⁵ A “descoberta” da normatividade da Constituição em democracias recentes como o Brasil deu azo à grande empreitada dos neoconstitucionalistas, permitindo que o judiciário passasse a julgar com base em princípios de tessitura semântica aberta⁶⁻⁷ (que

à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” Diz o ministro Fux: “[...] o nosso desenho institucional [...] outorga ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir a última palavra acerca do conteúdo da Carta Política. Deveras, enquanto ‘guardião da Constituição’ (CRFB/88, art. 102, caput), à Suprema Corte é confiada a faculdade de invalidar, invocando o texto constitucional, qualquer lei ou ato normativo emanado das instâncias políticas majoritárias. Noutros termos, **o Supremo detém a ‘última palavra’ no âmbito do Estado Democrático de Direito**, máxime porque seus pronunciamentos não se sujeitam – repiso, por um viés formal – a qualquer controle democrático. [...]” (ministro Luiz Fux, do STF, em seu voto na ADIn 5105 – grifo do original).

⁵ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados (OAB) do Brasil criou uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Constitucional, a ser proposto ao Congresso. O texto final proposto por essa comissão (disponível em <http://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>, acesso em 30/09/2015), presidida pelo eminente neoconstitucionalista Paulo Bonavides, foi entregue ao pleno da OAB em 21/09/2015. Alguns excertos lançados no documento são bom termômetro do pensamento médio do meio jurídico nacional sobre a hermenêutica constitucional: “[...] De tal maneira que, **em matéria de direito positivo, o passado, que dantes pertencia ao legislador ordinário e ao codificador, doravante na atualidade pertence ao constituinte e aos tribunais e magistrados da jurisdição constitucional.**” Também do anteprojeto se lê um Art. 3º que diz “O Processo Constitucional tem por fim a garantia do Texto da Constituição e a concretização dos direitos constitucionais, como direitos fundamentais” que, somado ao Art. 5º (“São competentes para exercitar o processo constitucional os órgãos do Poder Judiciário, nos termos dispostos pela Constituição Federal.”), faz concluir que a garantia do texto da Constituição e a concretização dos direitos constitucionais seriam competências dos órgãos do poder judiciário, e de ninguém mais. Isso torna mais impactante perceber que esta mesma OAB tenha tecido as veementes críticas que teceu à atitude do ministro Gilmar Mendes, que deixou o plenário do STF ao ser contrariado quando do julgamento da ADIn sobre o financiamento empresarial de campanhas (Gilmar Mendes havia criticado a OAB por intentar a ação com supostos fins partidários). Disse a OAB em nota: “O ato de abandono do plenário, por grotesco e deselegante, esse se revelou mais um espasmo autoritário de juízes que simbolizam um Poder Judiciário desconectado da democracia, perfil que nossa população, definitivamente, não tolera mais”; diz outro trecho da nota: **“Não mais é tolerável o tempo do poder absoluto dos juízes. Não mais é aceitável a postura intolerante, símbolo de um Judiciário arcaico, que os ventos da democracia varreram. Os tempos são outros e a voz ativa da advocacia brasileira, que nunca se calou, não será sequer tisonada pela ação de um magistrado que não se fez digno de seu ofício.”** [Grifo nosso]. (Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1682925-gilmar-mendes-abandonar-o-plenario-foi-grotesco-e-autoritario-afirma-oab.shtml>, acesso em 17/09/2015). De um lado, a crítica ao poder absoluto, de outro (no caso do anteprojeto), o reforço desse poder.

⁶ “Examples spring quickly to mind: abortion is one; also affirmative action; the legitimacy of government redistribution or interference in the marketplace; the rights of criminal suspects; the precise meaning of religious toleration; minority cultural rights; the regulation of speech and

permitem a ocorrência de desacordos morais razoáveis⁸, sobre o sentido correto da Constituição, entre cidadãos honestos e preocupados com o futuro da comunidade) e justificasse a atitude na necessidade de garantir direitos fundamentais. O constitucionalismo é confundido – e assim imensamente reduzido – à atuação do tribunal constitucional, enquanto o conceito de democracia que se adota é uma variável dependente da justificativa do controle judicial de constitucionalidade (assume-se que este é necessariamente compatível com aquela, então é a ideia de democracia que deve se ajustar – ZURN, 2007:8). Vivemos a era da judicialização da política somada ao ativismo judicial (BARROSO, 2014)⁹. Afinal, todos queremos efetivar direitos; os “únicos percalços”: decidir exatamente o que são e como fazer para implementá-los.

*spending in electoral campaigns; and so on. In each of these cases, the core meaning of some widely accepted right or rights is open to dispute, and the dispute is well understood among philosophers, politicians, and social commentators as representing a major unresolved issue of principle — unresolved, that is, so far as any provisions likely to appear in the text of a Bill of Rights are concerned. As I mentioned [...], it is not that the terms of the Bill of Rights represent one side or the other in these watershed debates, though that sometimes happens. **It is rather the case that the terms of the Bill of Rights point up these watershed issues but do not resolve them.*** (WALDRON, 2004:13). [Grifo nosso].

⁷ Cruz (2009:17-18), criticando a possibilidade de os juízes utilizarem-se de técnicas de decisão para pôr um fim à disputa de sentido dos princípios abertos, defende como alternativa o procedimentalismo, que “[...] procura destacar não o erro no emprego das técnicas ligadas às teorias da argumentação, mas essencialmente a equivocidade em si das mesmas, tanto do ponto de vista político-sociológico ao colocar em risco a própria democracia, eis que o juiz passa a se arrogar à condição de legislador, como do ponto de vista científico, eis que lastreado em um método – a lei da colisão – vista por muitos como verdadeiro postulado normativo ou marca do paradigma contemporâneo – a proporcionalidade.”

⁸ Rawls (1996:36).

⁹ Parece que toda e qualquer questão pode ser equacionada pelo judiciário, seja porque ele se aparenta mesmo capaz de resolver, seja porque ele pode contestar qualquer decisão dos demais. Exemplos: “*Contrário ao plano aprovado para recuperar o Cais Mauá, em Porto Alegre, o grupo Cais Mauá de Todos pretende tomar medidas legais para tentar barrar o andamento do projeto atual. [...] Os integrantes do movimento estudam como encaminhar um mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal (STF) pedindo a imediata suspensão do processo. Para isso, a advogada e membro do grupo Jacqueline Custódio entende que a medida deverá incluir o poder público como uma das partes e envolver uma **questão constitucional não especificada** durante a entrevista coletiva — o enquadramento exato deverá ser discutido nos próximos dias.*” (Artigo “Grupo estuda recorrer ao STF contra projeto do Cais Mauá em Porto Alegre”, do jornal Zero Hora, disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/09/grupo-estuda-recorrer-ao-stf-contra-projeto-do-cais-maua-em-porto-alegre-4850052.html>, acesso em 17/09/2015, grifo nosso). Também: “*STF decidirá se transexual pode usar banheiro feminino*” (reportagem sobre o julgamento do RE 845779, disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/11/stf-decidira-se-transexual-pode-usar-banheiro-feminino-4907709.html>, acesso em 18/11/2015). Perceba-se o tipo de controvérsia que pode parar diretamente no STF, sem qualquer intermediação e, mais ainda, sem qualquer clareza sobre que norma constitucional estaria sendo infringida. O que importa é recorrer ao Supremo. Mas a atitude não é típica de militantes de movimentos sociais urbanos: parlamentares e o próprio governo federal têm cada vez mais recorrido ao Tribunal quando são derrotados nas esferas da política. Usam o tribunal quase como uma terceira casa

Mas nunca, em nenhuma era, o assenhoreamento do cetro foi gesto incontestado. Houve muitas disputas nos últimos anos entre o STF e o Congresso Nacional acerca da palavra final sobre o sentido da Constituição. Contudo, mesmo nestes casos, os parlamentares procuraram afirmar que a Carta Política trazia significado diverso daquele empregado pelos ministros do tribunal, dificilmente, porém, disseram que o STF careceria da legitimidade para decidir.

Nesse contexto, parece haver um ponto de convergência de possibilidades em constituições analíticas como a brasileira e sintéticas como a norte-americana: desde que sujeitas a sistemas de controle de constitucionalidade judicial forte (onde é dado poder à corte constitucional para invalidar leis que considere afrontarem a Constituição), ambas as cartas poderão ter seu sentido amplamente criado por meio da atuação judicial. A constituição analítica, porque contém princípios polissêmicos e até contraditórios¹⁰; a sintética, em razão de conter (quase) apenas princípios. O determinante é, portanto, o nível de poder que detém a corte no desenho institucional (e na cultura jus-política do país), além, é claro da aceitação da supremacia da Constituição (ideal do constitucionalismo).

Não deve surpreender, assim, que tenhamos importado uma preocupação já antiga nos Estados Unidos¹¹: a de como considerar legítima –

legislativa (ver artigo de André Ramos Tavares “Partido-politização da Justiça Constitucional”, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0402200609.htm>, acesso em 08/10/2015). Também, no mesmo sentido, Vieira (2009:490). Recentemente (em 08/10/2015), o STF concedeu cautelar (PET 5828) liberando o uso de droga contra o câncer não aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=301441&caixaBusca=N>, acesso em 16/10/2015). *And so on...*

¹⁰ Veja-se a ótima síntese do ministro Carlos Ayres Britto em seu voto proferido nos autos da ação direta de inconstitucionalidade 1351: “[...] Como a nossa Constituição consagra muitos valores, alguns deles se antagonizam, na prática, levando-nos a um tipo difícil de opção - já tenho falado sobre isso -: **se optamos de um jeito, prestigiamos a Constituição; se optamos de outro, prestigiamos igualmente a Constituição. E fica uma estranha opção interpretativa entre o certo e o certo, já que todas as opções têm lastro constitucional. É aquele tipo de questão que lembra Sócrates, em um dilema famoso, quando perguntado por um discípulo: Mestre, o homem deve casar ou permanecer solteiro? E Sócrates respondeu: Seja qual for a decisão, virá o arrependimento. Mas aí nos socorre, graças a Deus, o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da Constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da Constituição?” [Grifo nosso].**

¹¹ É relevante o alerta que faz Manuel Atienza: “Muitas vezes não nos damos conta, mas o que estamos importando das universidades do mundo anglo-saxão são problemas, métodos de análise e objetivos que podem não ser exatamente os que seriam de maior interesse para nós.

na democracia - uma decisão final sobre o sentido da lei maior do Estado tomada por uma instituição que não é controlada diretamente pelo povo e que não deve explicações a ninguém.¹² Nos EUA o debate sobre o assunto remonta a 1960, com *The Least Dangerous Branch*, de Alexander Bickel¹³ (FRIEDMAN, 1993:578). No Brasil, a década de 1990 foi de consolidação do STF, com seus novos poderes oriundos de 1988, e os anos 2000 viram florescer uma jurisprudência ativista e autoconfiante. Não, contudo, sem que as mesmas inquietudes dos norte-americanos vicejassem ao pé dessa frondosa árvore da supremacia judicial.

As críticas ao poder do tribunal constitucional dizer a última palavra questionam inúmeras justificativas para querer-se um tal desenho institucional, salientando a zona de atrito e mesmo de eventual incompatibilidade entre democracia e constitucionalismo. Atacam desde a ideia de que cortes deliberem moralmente melhor sobre direitos até a própria suposição de que conseguíssemos determinar o que é a “decisão correta”. Também importamos em, *Terrae Brasilis*,¹⁴ estas críticas. Veremos uma síntese delas, com alguns autores-chave, no Capítulo 1, para perceber a aplicabilidade ao contexto nacional. Este tópico auxilia a defender nossa posição normativamente favorável a que a última decisão sobre o significado da Constituição reste nas mãos dos representantes do povo.

Creio que se lográssemos articular uma comunidade jusfilosófica no conjunto de países do mundo latino (aproveitando a proximidade existente desde o ponto de vista cultural, linguístico etc.), poderíamos contribuir também para uma filosofia do Direito mais equilibrada no plano global.” (trecho de entrevista publicada em 05 de setembro de 2015, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>, acesso em 1º/12/2015). Ainda assim, poucas preocupações anglo-saxãs como esta da supremacia judicial se-nos-parecem hoje tão brasileiras; aqui creio que não pertine a ponderação do catedrático da Universidad de Alicante.

¹² “[...] *The democratic legitimacy of judicial review is an enduring issue in liberal-democratic polities where the judiciary has been given the responsibility to review constitutional principles and the power to set aside the legislative decisions of those who are democratically elected. [...]*” (HIEBERT, 2002:21).

¹³ É também clássica, por exemplo, a ideia da corte como protetora, apenas, das pré-condições da democracia, no sentido de Ely (1980:103), para quem o controle de constitucionalidade é válido quando os que estão no poder não deixam (ilegitimamente) os que não estão entrar. Souza Neto e Sarmiento (2013:151-152) arrolam as condições de funcionamento da democracia como temas em que, mesmo num sistema de deferência judicial às posições dos poderes políticos, requerem postura ativista por parte do judiciário.

¹⁴ Para referir Lênio Streck em tantas de suas obras.

Entendo que há diversos motivos para desejar que assim fosse. Há um enorme potencial educativo em ter de resolver os próprios problemas sem dispor de um superego (lembrando Ingeborg Maus, 2000) exterior para fazê-lo. A decisão parlamentar, ademais, em geral possui considerável valor epistêmico, como assim considera a teoria da democracia deliberativa que abraçamos neste trabalho¹⁵. Não bastasse, está escrito no parágrafo único do Art. 1º da CF/88 que “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes **eleitos** ou diretamente, nos termos desta Constituição”¹⁶, ou seja, numa leitura nada absurda, há mais poder nos ramos sufragados do Estado do que no judiciário. O Art. 2º da Constituição fala em independência e harmonia entre os três poderes, mas não fala em horizontalidade.

Essa proposta de palavra final com o Congresso, contudo, no Brasil, esbarra na realidade de um parlamento pouco representativo e sem a confiança da população (o que não é peculiaridade nacional). Além disso, e muito mais importante (porque composições parlamentares são alteráveis), a Constituição Federal de 1988 previu expressamente o STF como guardião e o controle judicial de constitucionalidade como forma de exercer este papel. Difícil distorcer o poder que isso dá ao STF: é ele, como instituição, que terá falado por último quando, por exemplo, a decisão de uma determinada ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) transitar em jugado e for executada. É certo que os ministros do tribunal podem adotar diversas posturas, desde as mais auto-contidas, até as mais ativistas – e que o nosso sistema constitucional permite qualquer delas. Mas é inegável que são os membros do STF – e somente eles – que decidirão ter ou não deferência pela posição dos parlamentares. É por este motivo que qualquer demanda que vise a orientar a forma de julgar dos ministros do Supremo, por mais razoável e bem fundamentada que seja, não passa de uma prescrição que poderá ser ou não seguida, pelos magistrados, ao seu próprio alvedrio.

Se fosse em geral auto-contida e deferente às posições do Congresso Nacional, seria mais difícil enxergar a atuação do Supremo Tribunal Federal

¹⁵ Com foco nas versões de Carlos Santiago Nino (1997) e David Estlund (2011).

¹⁶ É de Barroso (2014:252) a passagem: “[...] Nunca é demais lembrar que o poder emana do ‘povo’, não dos juizes.”

como um problema democrático. Porém, como os tempos hodiernos têm mostrado, o tribunal crescentemente aproveitou oportunidades para fazer valer suas posições jus-políticas em detrimento daquelas aprovadas pelos representantes eleitos, o que favorece a que se levante questionamentos sobre a legitimidade democrática de seus julgados.

Ancorada nessas premissas, a busca por melhorar este sistema, com foco da democratização da jurisdição constitucional, tem sido a tarefa de um considerável espectro de estudiosos do país, que adotam diversos vieses: desde a caracterização de uma democracia substantiva (com direitos fundamentais e seus núcleos intangíveis a serem defendidos pelo judiciário – e somente assim, pensam, teríamos uma verdadeira democracia), passando por aqueles que dizem ser democrática a postura do STF porque está prevista na CF/88¹⁷, até a afirmação da necessidade de modificar a Constituição, retirando do STF e conferindo ao Congresso Nacional o poder de dizer por último o sentido da Constituição.¹⁸ Estas posições baseiam-se em ideais diversos de democracia e em pouco ou nada inovam aquelas já clássicas na literatura internacional, notadamente nos estudos da *common law*.

Uma parcela nada desprezível das tentativas de encontrar a legitimidade democrática no controle judicial de constitucionalidade apontou num sentido diferente, advogando a existência de diálogos constitucionais¹⁹ no Brasil e dizendo mais ou menos o seguinte: por existir uma dinâmica de interação entre

¹⁷ Aceitar a autoridade democrática das decisões do STF exige mais do que a previsão constitucional. Mas há teóricos como Freeman (1991:1) que consideram ser democrático e legítimo o controle judicial de constitucionalidade pelo só fato de ter sido aprovado pela assembleia constituinte: *“It has long been argued that the institution of judicial review is incompatible with democratic institutions. This criticism usually relies on a procedural conception of democracy, according to which democracy is essentially a form of government defined by equal political rights and majority rule. I argue that if we see democracy not just as a form of government, but more basically as a form of sovereignty, then there is a way to conceive of judicial review as a legitimate democratic institution. The conception of democracy that stems from the social contract tradition of Locke, Rousseau, Kant and Rawls, is based in the ideal of the equality, independence, and original political jurisdiction of all citizens. Certain equal basic rights, in addition to equal political rights, are a part of democratic sovereignty. In exercising their constituent power at the level of constitutional choice, free and equal persons could choose judicial review as one of the constitutional mechanisms for protecting their equal basic rights. As such, judicial review can be seen as a kind of shared precommitment by sovereign citizens to maintaining their equal status in the exercise of their political rights in ordinary legislative procedures.”* Para excelente crítica de Freeman, ver Zurn (2007:131 e ss).

¹⁸ Algumas tentativas de reduzir poder do STF são escrutinadas na Seção 1.2 do Capítulo 1.

¹⁹ Alguns chamaram-nos de “diálogos institucionais” (e.g. SILVA, 2010; CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, as decisões do tribunal acabam sempre “dialogando” com as posições do parlamento e, nessa fluência de trocas (seja de argumentos, seja de embates), a importância da palavra final seria bastante reduzida ou até mesmo deixaria de se poder falar em última palavra. Haveria, portanto, alguma dignidade na interpretação da Constituição fora da corte. Proclamam expressamente a existência de diálogos constitucionais no Brasil, pelo menos, Silva *et al.* (2010:132)²⁰; Oliveira Mendes (2014:101)²¹, Batista (2015)²², Brandão (2012:260 e 310)²³, Introcaso (2014)²⁴, Victor (2013:181-186)²⁵, Ramos e Pinheiro (2015)²⁶, Dias Junior (2012:102)²⁷, Silva e Ferreira (2012:27)²⁸, além dos ministros Barroso²⁹ e Fux³⁰.

²⁰ “[...] essa estratégia de atuação [dialógica] não é estranha à nossa prática institucional [...] a incorporação do ferramental das teorias dialógicas permite compreender com maior clareza as estratégias de interlocução manuseadas pela Corte [...]”

²¹ “Está, pois, comprovada a possibilidade de que o modelo político brasileiro forneça os instrumentos de design (sic) institucional necessários à aplicação das credenciais normativas do diálogo constitucional – o Parlamento ‘falando’ por meio das emendas constitucionais e a Suprema Corte ‘conversando’ pela via do controle de constitucionalidade. A solução fomentada pela interação apresentou, sem dúvidas, resultados que realizaram de forma mais completa as potencialidades constitucionais.”

²² “Entende-se que o Brasil possui um sistema legal que permite o efetivo diálogo institucional e que nossa sociedade, com cada dia maior envolvimento da população no debate público e político, pavimenta terreno no qual permite-se falar em diálogo institucional dos poderes quanto à última palavra sobre controle de constitucionalidade das leis. A prevalência da última palavra cabe, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, mas fazendo parte de um processo dialógico entre os demais poderes e à sociedade.” (do Resumo)

²³ “[...] apesar das condições amplamente favoráveis à judicialização da política e à expansão do poder político do Judiciário, ainda não há supremacia judicial no Brasil” [...]. “Portanto, a recorrente aprovação de emendas constitucionais após outubro de 1988, e a cautela do STF no controle da sua compatibilidade com os limites ao poder de reforma constitucional, parecem comprovar que tal competência especial do STF não tem lhe conferido, de fato, a última palavra sobre o sentido da Constituição.”

²⁴ “[...] seremos capazes de observar um intenso fluxo de ações e reações entre esses dois poderes da República [Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional] na tarefa de interpretação do texto constitucional, podendo assim concluir pela existência de um verdadeiro cenário de diálogos institucionais no Brasil.” (do Resumo)

²⁵ “[...] A idéia é que, conforme foi exposto, o diálogo existe e acontece no mundo dos fatos. [...] O trabalho permite que se tire algumas conclusões esperançosas: o diálogo já é fato [...]”.

²⁶ “No que se refere à interação entre STF e o Parlamento, se observada a cultura decisória do STF, o padrão de interação resultante será primordialmente adversarial. Entretanto, não se pode deixar de vislumbrar o fenômeno de intercâmbio de razões. Nos últimos anos, houve episódios de interação entre legislador e STF. Tais episódios evidenciam que o legislador, tanto o ordinário, quanto o constituinte, reage ao STF com frequência e busca, de uma forma ou de outra, argumentar.” (pág. 17, grifos nossos). Essa passagem parece um pouco contraditória com o que dizem os autores em seguida do texto: “No que tange ao Brasil, observa-se ainda que o país não possui um modelo comunicacional. Apesar da inexistência de procedimento que propicie os diálogos institucionais, é possível inferir do texto constitucional brasileiro de 1988 algumas hipóteses de cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo.” (pág. 18)

Se estiverem corretos, se realmente ocorrerem diálogos na interação entre Congresso Nacional e STF, isso satisfaria a ânsia por legitimidade ao controle judicial de constitucionalidade? Não precisamos ir longe para perceber que essa resposta depende, integralmente, do conceito de diálogos constitucionais que for adotado (e são vários os possíveis³¹). Eis a razão pela qual dedicamos o Capítulo 2 a compreender o que vem sendo considerado pelos estudiosos mundo afora, e também aqui, como práticas dialógicas. Tentamos absorver – e mesmo reenquadrar – incursões frutíferas de explicar e classificar as diversas teorias do diálogo. Assim, pareceu plausível afirmar quais vertentes são mais propensas a reivindicar, no seio da democracia, a dinâmica dialógica entre os poderes legislativo e judiciário como legitimadora das decisões. A justificção para isso, cremos, reside na produção de resultados epistemicamente mais defensáveis, o que aproximou a métrica daquelas teorias com maior potencial deliberativo. Visto tudo, enunciemos o conceito de diálogos que será utilizado tanto como critério de verificação descritiva, quanto como *standard* de postulação normativa. Sobretudo, nos parece que a ideia de diálogo realmente tem chances de impregnar a interpretação constitucional com o germe democrático. Por quê?

Acredito que não seja possível determinar filosoficamente, de maneira prévia e inequívoca, qual seria a decisão correta sobre direitos a partir de um determinado problema e de uma determinada Constituição (nego, portanto, o

²⁷ “[...] saliente-se ser equivocado afirmar que inexistente qualquer experiência de diálogos institucionais entre o Supremo Tribunal e o Poder Legislativo brasileiro. Pelo contrário, essa forma de atuação não é estranha à prática constitucional pátria, de modo que o grupo de pesquisa *Novas Perspectivas da Jurisdição Constitucional* aponta um não muito extenso, porém relevante acervo de estratégias de construções decisórias dialógicas entre tais poderes.”

²⁸ “Mais especificamente no caso brasileiro, percebe-se que a teoria dos diálogos institucionais está assentada na inconstitucionalidade por omissão. Com isso, verifica-se que foi adotada de maneira inversa em comparação aos países em que foi originariamente desenvolvida. [...]”

²⁹ Posição apontada na Resenha sobre o ano de 2014 do STF, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>, acesso em 25/09/2015. As afirmações de Barroso sobre o tema são objeto de debate em tópico próprio (item 2.3.2 da Seção 2.3 do Capítulo 2).

³⁰ Ele defendeu a teoria dos diálogos constitucionais explicitamente em seu voto, como relator, na ADIn 5105. Esta manifestação também merecerá consideração em parte a ela dedicada (item 2.3.3 da Seção 2.3 do Capítulo 2).

³¹ O espectro vai desde os “dialogistas” que defendem e acreditam na superioridade epistêmica das decisões da corte, até aqueles que chamam de dialógicos sistemas em que a palavra final é institucionalmente conferida ao parlamento (casos de controle judicial “fraco” de constitucionalidade).

viés substancialista da democracia). A forma de garantir igual dignidade a todas as posições é dar a cada indivíduo o mesmo peso na decisão final, o que conduziria, *prima facie*, ao procedimentalismo majoritário. A questão é: esse procedimentalismo seria compatível (não só, mas também) com decisões tomadas pelo voto de uma maioria que, questionada sobre determinado assunto, manifeste sua posição. Nada exige, ainda que atendido o critério da igual dignidade, que haja deliberação e tentativa de convencimento previamente ao momento da decisão. Então, por que gastamos tanto tempo e energia em campanhas eleitorais e em debates parlamentares (para não falar em sessões dos tribunais)? Não bastaria que enunciássemos a divergência e votássemos?

Parece que não, que é necessário somar algo ao procedimentalismo majoritário.³² Sempre há, ou poderá haver, desacordos insanáveis entre pessoas razoáveis, mesmo após longa e criteriosa deliberação pública e, neste momento, será pelo voto da maioria que decidiremos a questão (mesmo os tribunais decidem por maioria). Ocorre que nós não abrimos mão de discutir e expor argumentos, pelas mais diversas razões, seja para deixar claro o que pensamos (temos essa vontade inata de que os outros saibam o que queremos), seja para tentar convencer os demais.

Entendo que a deliberação, quando há atenção mútua entre os interlocutores (pessoas naturais ou mesmo instituições) acerca dos motivos e argumentos uns dos outros, tem um considerável potencial epistêmico, no sentido de que garante decisões mais próximas daquilo que será melhor para todos, pois, ao argumentar o meu interesse com outrem, eu não posso – sob pena de eliminar minhas chances de ser convincente – sustentar que os seus interesses são ilegítimos ou irrelevantes. Isso favorece o uso, em debates quietais, da razão pública. Mesmo Jeremy Waldron, notório defensor da democracia procedimental, não considera esta incompatível com um viés

³² “[...] *si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: em democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar. [...]*” (GARGARELLA, 2010:172). [Grifo nosso]. E também não basta a mera votação majoritária, devemos acrescentar, para dar legitimidade a uma decisão judicial.

deliberativo, apenas compreende que a ideia de deliberação não pode pressupor, necessariamente, que se chegará a um consenso apenas em função da razoabilidade dos argumentos³³, no que está absolutamente correto. Também podemos lembrar Adrian Vermeule, cáustico detrator da supremacia judicial e explícito advogado do potencial epistêmico da deliberação.³⁴ Veja-se, ainda, Mark Tushnet, reconhecido teórico da supremacia parlamentar, que, em *Weak Courts, Strong Rights*, dedica um Capítulo inteiro à tarefa de estipular critérios para a avaliação da “performance constitucional” interpretativa de legisladores e juízes, o que pressupõe, como é intuitivo, que possam existir formas de saber se uma determinada decisão é melhor ou não segundo a Constituição.³⁵ Ou seja, se tem ou não potencial epistêmico.³⁶

³³ “[...] *Una buena teoría puede partir de presupuestos idealistas sobre las motivaciones de la gente, pero si lo hace debe ser consciente de que en el mundo real, incluso después de la deliberación, la gente seguirá discrepando de buena fe sobre el bien común y sobre cuestiones de políticas concretas, de principios, de justicia y corrección, cuestiones sobre las que esperamos que un Parlamento delibere. Las mejores teorías de la democracia deliberativa se caracterizan por su voluntad de aceptar este punto e incorporarlo en su concepción de la deliberación. Y, ciertamente, creo que la filosofía del derecho debe situar esta perspectiva del desacuerdo en el centro de su teoría de la legislación y no en su periferia. Ignorarlo o querer mantenerlo lejos es como desear que la escasez se mantenga bien lejos de los fundamentos de una teoría de la justicia.*” (WALDRON, 2005:113). A teoria da democracia deliberativa que sustenta a visão adotada neste trabalho sobre os diálogos constitucionais desejáveis coaduna-se com esta preocupação de Waldron, sendo, portanto, coerente e compatível com a crítica procedimentalista à supremacia do judiciário.

³⁴ Ver, por exemplo, a nota de rodapé nº 158.

³⁵ “*The more general point is that many constitutional questions admit of reasonable disagreement and that all sides in a dispute can take different positions while all remain faithful to the constitution. Take the problem in a different setting. The U.S. Supreme Court issues a constitutional decision. I may think that the Constitution pretty clearly means something else, and indeed three Supreme Court justices agree with me. I doubt that anyone could fairly charge me with being faithless to the Constitution were I to persist in holding the view I held before the Court acted. Now, take the problem in the setting with which this chapter is concerned: A legislature acts in a way inconsistent with some stipulated standard, whether it be the critic’s or the courts’. The mere fact that the legislature disagrees with the courts or with the critic does not establish that the legislature behaved in a manner demonstrating its inability to arrive at reasonable conclusions about the constitution. Thus, a legislature may be wrong, from my point of view or from that of the courts. Its “errors” do not, however, show that the legislature is performing badly as a constitutional decision maker. At most, these errors show that the legislature disagrees with me, or the courts, about what the constitution means. Evaluations of legislative constitutional performance must therefore take account of the fact of reasonable disagreement over the constitution’s meaning. The criterion an evaluator must apply is this: Did the legislature do something that is not at all oriented to the nation’s constitutional traditions? Obviously this criterion tilts the field of evaluation in the legislature’s favor — setting a baseline that is truly a line rather than a point — because of the fairly wide range of reasonable positions available on nearly every constitutional question. But, to me, it is the only criterion that makes sense.*” (TUSHNET, 2008:103-104). Aqui, Tushnet busca avaliar a qualidade, balizada por sua aderência a uma interpretação razoável da Constituição, das decisões parlamentares frente às judiciais. Não é exatamente o que a teoria dialógica deliberativa defendida neste trabalho faz, porquanto ela busca o potencial epistêmico da troca de argumentos entre os poderes, não a

A forma, portanto, pela qual o diálogo constitucional – na vertente deliberativa e material que é aqui adotada – é capaz de democratizar as decisões do Supremo Tribunal Federal é a exigência de que os magistrados considerem e discutam a interpretação que os parlamentares fazem da Constituição e, na via inversa, que os deputados e senadores façam o mesmo com as decisões do STF ao exercerem o seu múnus. E frise-se: não basta que os juízes e os legisladores dêem razões (quaisquer, por melhores que pareçam) para decidir, eles precisam levar em conta explicitamente as motivações uns dos outros. Essa é a única maneira de garantir que os argumentos formulados pelos representantes do povo necessariamente façam parte e impregnem a decisão final que será tomada. Isso democratiza o produto decisório porque a vontade dos legisladores pode ser “corrigida”, no mérito, pelo povo que vota, já a dos juízes, não. Então, ainda que se trate de uma tênue influência (como, aliás, todas são as influências do indivíduo numa sociedade de massas), parece ser a única³⁷ que um cidadão pode almejar no

verificação das capacidades decisórias institucionais isoladas. Ainda assim, o que importa neste ponto é apenas perceber que, para Tushnet, ainda que existam desacordos razoáveis sobre o sentido de uma norma constitucional, ainda assim é possível achar critérios para saber se uma determinada decisão é mais ou menos aderente à Constituição, melhor ou pior, portanto. E este é também o pressuposto para aceitar a possibilidade de um potencial epistêmico na deliberação democrática.

³⁶ Em verdade, a posição de Waldron não deveria ser lida como plenamente avessa a qualquer avaliação epistêmica da democracia. Segundo Estlund (2000), o procedimentalismo epistêmico é compatível com diversas das premissas de Waldron, sobretudo com a ideia de desacordos permanentes sobre a verdade moral: *“I applaud the motives that appear to be behind Waldron’s resistance to any epistemic dimension of democratic authority. It is a traditional concern about epistemic political arguments: as in Plato, they tend to lead to implausible arguments for what I call ‘epistocracy’ – rule by a wise elite. Waldron’s application of this point against the modern comfort with judicial review of legislation is welcome, whether or not we should ultimately reject that institution. But the injection of an epistemic dimension need not support epistocracy, since there may well be reasonable disagreement about the moral expertise of any proposed elite, a disagreement that does not apply to the moral expertise of certain fair, deliberative, diverse, numerous majoritarian procedures of the kind whose deliberative capacities Waldron repeatedly urges us to regard with faith and respect. But whether or not the epistemic account can succeed, Waldron’s non-epistemic account of democratic legitimacy in terms of fairness alone is vulnerable to his own very plausible dissatisfaction with political choice by coin-flip.”* (ESTLUND, 2000:123).

³⁷ Alguém poderia, aqui, objetar que há possibilidade de influência nas decisões do STF por meio de audiências públicas e *amici curiae*. Evitando, neste passo, a polêmica sobre tais institutos (à qual voltaremos no Capítulo 3, Seção 3.1), responderia que o só fato de não haver garantia de escuta universal em tais formas de acesso à jurisdição constitucional (são os ministros do STF que definem, discricionariamente, quem será ouvido) é suficiente para não computá-las entre as formas pelas quais o indivíduo tem a pretensão inequívoca de influenciar as decisões sobre o sentido da Constituição em sua comunidade política.

seio de uma democracia que dê a palavra final sobre a Constituição a um tribunal³⁸.

A diferença desta para as demais teorias meramente normativas da adjudicação constitucional (perfeccionismo de Dworkin ou minimalismo de Sunstein, por exemplo) é que, no nosso entender, o tribunal tem obrigação legal, no Brasil, de considerar os argumentos dos legisladores – ainda que esta ideia não seja pacífica (há tópico específico sobre este debate adiante, na Seção 2.4 do Capítulo 2). A Constituição não prescreve qual deve ser a postura dos juízes constitucionais (se ativista ou de *self restraint*), mas ela exige a fundamentação das decisões judiciais. Logo, não se trata aqui de mero *wishful thinking*, mas de demanda de conduta extraível de nosso sistema jurídico tal como vigente.

Um modelo dialógico ideal, de acordo com nosso instrumental teórico, ocorre nos sistemas de controle fraco de constitucionalidade (*weak judicial control*) nos quais exista a frutífera troca de razões entre o parlamento e a corte constitucional, mas cuja decisão que prevalece sobre o sentido da Constituição seja dos legisladores eleitos. Segundo entendo, mesmo nestes sistemas, a opinião exegética do judiciário sobre a Carta Política é imprescindível ao processo de consolidação de uma decisão, pois ela permite ao legislativo a chance de enxergar aspectos que talvez tenha olvidado quando da aprovação de determinada lei. A grande diferença deste para sistemas de controle forte (como o nosso) é que, no primeiro, o parlamento terá a palavra final. Stephen Gardbaum (2013) descreve exatamente estas características como as presentes no que postula ser o novo modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*.³⁹ Podemos afirmar que, conforme a teoria democrática

³⁸ Como disse Lênio Streck (2015), “[...] sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente.” Ora, em se tratando do processo objetivo de controle de constitucionalidade junto ao STF, a forma que esse “eu cidadão” tenho de participar do processo é tendo as razões apresentadas pelos “meus” representantes – deputados e senadores – consideradas pelo Tribunal, sob pena de ser atingido sem a chance de contraditar.

³⁹ Segundo Gardbaum (2013), os novos arranjos institucionais adotados no Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e Austrália nas décadas recentes, com *bills of rights* inseridas numa tradição de supremacia parlamentar, fez nascer o que ele chamou de “*new Commonwealth model of constitutionalism*”. Este modelo seria um intermediário entre a supremacia parlamentar e a supremacia judicial. As três principais características do novo modelo seriam a existência de uma carta de direitos; a previsão do controle de constitucionalidade por um tribunal especializado para escrutinar, inclusive, leis; e um poder legislativo que mantém a

adotada, é mais relevante saber se houve efetivamente deliberação no processo decisório do que apontar quem decidiu por último, o que não impede uma clara inclinação pela alocação da palavra final no legislativo.

Numa síntese desses argumentos, podemos dizer o seguinte: o diálogo constitucional (no sentido que aqui adotado, reitere-se *ad nauseam*) é uma prática assumida, no processo de adjudicação constitucional entre o poder legislativo e o poder judiciário, que exige a consideração mútua de argumentos para a tomada de decisões. Havendo essa troca argumentativa, haverá potencial epistêmico nas decisões tomadas (o que não quer dizer que se estará, *ipso facto*, tomando a “decisão correta” ou moralmente irretocável, mas apenas que será mais provável que a decisão seja mais adequada à comunidade). Assumindo a validade teórica da democracia deliberativa, um sistema jurídico em que ocorram tais diálogos será mais democrático se a “rodada procedimental” se encerrar no parlamento; contudo, ainda que – por razões institucionais ou culturais – o judiciário tenha o poder de decidir por último o sentido da Constituição, a decisão será epistemicamente melhor, e democraticamente mais defensável, se houver verdadeira deliberação entre os poderes, pois as razões do ramo eleito terão sido consideradas, mesmo que para negá-las. Ou seja, é mais democrática a alocação da palavra final no legislativo do que no judiciário. Ainda assim, em casos em que há (como temos no Brasil), mecanismos jurídicos e uma afirmação reiterada do próprio tribunal sobre seu monopólio de dizer a Constituição, será mais democrático o sistema (e produziremos melhores decisões) se, ao menos, houver respeito pelos argumentos mútuos na relação Congresso-STF. E, mais do que mero anseio normativo, essa dinâmica deliberativa é juridicamente exigível no contexto brasileiro.

Devidamente esclarecido o conceito de diálogos constitucionais adotado e suas implicações, a seguir, esquadrihamos a pesquisa empírica no Capítulo 3. Não é um tipo de coisa que se costume fazer em teses de Direito. Mas a sensibilidade oriunda da leitura de centenas de trabalhos nacionais e estrangeiros fomentou a convicção de que explicar o caminho de análise é,

palavra final por meio da prerrogativa de editar normas de *override*, ou seja, de superação dos entendimentos do judiciário que entender incorretos.

também no ramo jurídico, uma prova de sinceridade científica (ainda que o Direito não seja uma ciência⁴⁰). Há um cacoete entre juristas de enviesar os casos a partir de suas almeçadas conclusões. Não sei se consegui, mas tentei fazer diferente. Essa tentativa é também de âmbito: não busquei amostragens, mas a totalidade dos casos-tipo que pareceram elucidativos, pelos critérios explicitados, desde a promulgação da Constituição de 1988 até o presente. A metodologia desenhada quis saber de descobrir se o tipo de diálogos constitucionais que exsurgiu do Capítulo 2 acontece no Brasil das últimas

⁴⁰ Tal como também parece pensar Luís Alberto Warat (1982:51-53): *“A análise das funções políticas, dos discursos das ciências jurídicas e dos valores epistemológicos, que a sustentam, exige a rejeição da problemática da cientificidade da ciência. Ao levantar esta problemática, os epistemólogos tentaram respondê-la instaurando critérios rigorosos de demarcação entre o que deve ser considerado ou não como ciência. Assim, procuraram opor o conhecimento científico às representações ideológicas e as representações metafísicas, distinguindo a verdade do erro, distanciando o sentido referencial de suas evocações conotativas, como também, diferenciando as opiniões comuns (a doxa) do conhecimento científico (a episteme). Esta última distinção abrange todas as anteriores, já que a doxa estaria constituída por um conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas. O conhecimento científico seria o saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores. Ora, quando observamos a forma em que esta concepção de racionalidade científica é apropriada na práxis do direito, verificamos como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se. E o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela episteme. Estamos diante do senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme. Trata-se de uma episteme convertida em doxa, pelo programa político das verdades, executado através da praxis jurídica. Nesta ordem de idéias, o saber crítico pode ser definido como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela práxis jurídica. No momento em que o discurso epistemológico, em nome do método, pretende buscar a solução dos conflitos do conhecimento, de modo imanente ao mesmo conhecimento, transforma-se em um discurso fácil de ser estereotipado, que serve para reivindicar, miticamente, um lugar neutralizado para a própria atividade profissional. A epistemologia tradicional procura resolver, idealmente, as relações conflitantes entre a teoria e a práxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, o valor político do conhecimento na práxis. Propõe um saber que seja puro como teoria e, com isso, facilita que a dita proposta seja ideologicamente recuperada, servindo agora para que os juristas contemem a práxis de pureza, criando a ilusão de uma atividade profissional pura. Assim, os critérios de purificação metodológica ganham um novo sentido: de uma crença vinculada a uma atividade profissional. Os juristas de ofício, apoiados na idéia de um conhecimento apoliticado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissados politicamente, um técnico neutro das normas. As observações que terminamos de efetuar sobre a prática jurídica, apresentada como um lugar fora do poder, serve para fazer uma observação crítica sobre os postulados metódicos da teoria Kelseniana, já que seus efeitos ideológicos e políticos não provêm, isoladamente, dos valores que Kelsen propõe para a construção de uma ciência do direito em sentido estrito, senão pelos efeitos de seu discurso como guia e representação da práxis jurídica. É o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais. [...]”*

décadas – esse é o nosso problema.⁴¹ Há um considerável balizamento de parâmetros para que a resposta a esta “simples pergunta” seja aceitável. Não foi possível localizar algum trabalho sobre o caso brasileiro que adote este conceito de diálogos, nem muito menos que busque verificar, empiricamente, sua ocorrência. Ainda no Capítulo 3, foi elaborado um sub-item com algumas “externalidades” da revisão bibliográfica, com apontamentos de problemas conexos visando a pesquisas futuras.

O Capítulo 4 apropria o mapa metodológico rascunhado e caminha por dezenas de casos do STF envolvendo Emendas Constitucionais e leis do Congresso; também perscruta decisões do Senado em exercício da sua prerrogativa de suspender a execução de normas julgadas, em controle concreto, inconstitucionais. Analisa, sobretudo, argumentos – afinal, a potência que consideramos é a deliberação. Será que o STF leva em consideração as razões pelas quais os parlamentares julgaram determinada lei como sendo constitucional?⁴² Será que o Congresso toma em conta a argumentação do STF ao decidir suspender a execução de normas julgadas inconstitucionais?

Empreendida a análise do material bruto, ainda no Capítulo 4 trata-se de sistematizar os achados e responder, à vista deles, se há ou não diálogos constitucionais no Brasil, tanto na via Congresso Nacional – Supremo Tribunal Federal (quando julgadas as ações diretas de inconstitucionalidade), quanto no

⁴¹ “So the real question is this: in light of that fact about the allocation of constitutional authority, how naive do we have to be to imagine that there is any prospect of dialogue in the literal sense of the term genuine conversation and two-way learning between legislators and judges in a constitutional system? [...] I suspect that strong judicial review will in most cases inhibit genuine dialogue, for judges have no incentive to defer to anything that the legislators say; I believe it will encourage the sort of one-sided exchange that I mentioned in my opening comments.” (WALDRON, 2004:8-9). Queremos, portanto, testar se Waldron estaria correto, já que, indubitavelmente, o Brasil estampa um sistema de *strong judicial review*.

⁴² Ou será que Linares tem razão quando diz que: “La ‘vía interpretativa’ es deficitaria como canal de diálogo por cuanto los jueces suelen acudir a ésta de manera subrepticia; es decir, rara vez los jueces abordan públicamente las razones de las leyes con las que están en desacuerdo, rara vez indagan en los debates legislativos y las exposiciones de motivos para dar una respuesta al Congreso. Sucede más bien lo contrario: cuando los jueces discrepan con una disposición legal, o con la manera en que ésta viene siendo aplicada, entonces “asignan” una nueva interpretación al texto legal, simulando o asumiendo que ése es el significado pretendido por el legislador. El resultado es que los jueces no confrontan las razones ofrecidas por los legisladores, y entonces no es posible hablar de un diálogo interorgánico. Si cabe la expresión, más que diálogo interorgánico lo que existe es un intercambio de acciones oportunistas.” (LINARES, 2008b:515)

sentido judiciário – legislativo, em que decidida a suspensão de execução das leis julgadas inconstitucionais pelo STF.⁴³

Creio que são aportadas pelo menos duas contribuições com esta tese (que figuram, pois, como aportes da pesquisa): a primeira, o balizamento, no Brasil, de um conceito democraticamente defensável dessa aparente panacéia de parcela da academia jurídica nacional e internacional intitulada “diálogo constitucional”. A segunda, com a análise empírica da atuação do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal quando estão a interpretar a Constituição, olhando para essa dinâmica sob o prisma dialógico e sustentando que a consideração de razões é uma obrigação legal dos poderes, podemos avaliar com considerável convicção o grau e o tipo de legitimidade democrática (e potencial epistêmico) que têm as decisões brasileiras sobre o sentido de nossa Carta Fundamental.

⁴³ Novamente Waldron (2004:21): “[...] we should consider what such dialogue is supposed to consist in; whether it is likely; and whether, if it takes place, it may reasonably be expected to make things better and lead, for example, to less dissensus or at least to better informed dissensus on the watershed issues that I have been referring to.”

Capítulo 1 – As preocupações com a soberania do judiciário

Qualquer decisão passa por um caminho antes de ser tomada. Esta senda pode ser a mera sinapse cerebral, quando se trata de definição acerca de aspectos da vida íntima do indivíduo que a toma; por outro lado, quando o que estiver em jogo for a resolução de uma questão que envolva mais pessoas, notadamente quando a disputa for de interpretação sobre a aplicação efetiva de uma lei, esse caminho será um pouco mais complexo e plural, envolvendo regras preestabelecidas de fluxo e competência.⁴⁴ Nada mais trivial no mundo do direito. O que interessa perceber é que há um pressuposto implícito neste trajeto que estipulamos para a solução da contenda, ao qual damos o nome de processo decisório: supomos que o produto disso tudo, “a decisão”, resolve nosso problema.⁴⁵ Não nos concentraremos aqui na efetividade das decisões, seara de grande interesse para a sociologia jurídica, mas que refoge ao nosso propósito. Quando assinalamos essa premissa obnubilada, o que queremos é mostrar que a todos parece inerente – e provavelmente mesmo o seja – a necessidade de o processo decisório chegar ao fim.

Nas lides forenses mundo afora, e no Brasil isto não é diferente, é óbvio que os advogados e advogadas precisam saber informar aos seus clientes como e quando o processo judicial (provavelmente!) começará e terminará. É natural que se tenha previsto em nosso sistema jurídico a competência e a hierarquia interna para que o poder judiciário tenha um fluxo organizado de tramitação das demandas, a permitir que as partes consigam, afinal, o provimento almejado. O que não é inerente e nem inexorável, contudo, é,

⁴⁴ Waldron (2006:1370) menciona argutamente que há inúmeros temas em sociedade sobre os quais não necessitamos de um acordo, dos quais poderíamos sugerir o gosto por futebol, o lugar preferido para passar as férias e mesmo o tipo de alimentação a ser seguida (vegetariana ou não). Como é patente, não há chances reais de convencer muitas pessoas a mudar de posição sobre tais assuntos, a menos que deixem de ser considerados meras questões de “gosto”. Em temas que envolvem direitos e interpretação de leis, igualmente não há grandes chances de convencimento, sobretudo quando se trata de desacordos morais (a dieta poderia, talvez, ser aqui alocada); contudo, aqui somos em inúmeros casos obrigados a tomar decisões e produzir acordos, ainda que no difícil ambiente de nossas divergências.

⁴⁵ Há literatura que não assume a existência de uma verdadeira palavra final decisória, enxergando uma dinâmica permanente de soluções apenas aparentemente definitivas, mas que sempre estarão abertas à superação por decorrência do debate e questionamento social: ver Bickel (1975; 1986), Fisher (1988) e Friedman (1993).

quando se tratar da interpretação da Carta Política, supor que ela recaia em monopólio finalístico dos juízes⁴⁶. Por que seria assim?⁴⁷

O processo judicial, sabemos, resolve verdades (jurídicas) sobre fatos e estipula sentidos para textos, em duas engrenagens que são estanques, mas deveriam funcionar harmonicamente. As leis servem para regular condutas sociais, todas as pessoas deveriam ser capazes, portanto, de compreendê-las. A diferença mais importante, neste caso, entre as leis e a Constituição em sentido formal é que esta última é a responsável por estipular os limites do poder, as regras de competência, os direitos fundamentais intangíveis. É no conjunto destas normas constitucionais que encontraremos as margens para as mais relevantes ocorrências de desacordos morais razoáveis,⁴⁸ e, por sua hierarquia (hoje incontestável no mundo ocidental) frente às demais leis, a Constituição torna-se um excelente, senão o melhor, instrumento de poder institucional numa sociedade como a nossa. Quem a interpreta com força vinculante faz sua vontade imperar por sobre os demais.⁴⁹

Essa potência política tem gerado desgastes na interação entre os poderes legislativo e judiciário no Brasil atual, como já mencionado. É, sobretudo, em razão desses embates, que surge à cena pública nacional a premência do debate sobre quem tem a palavra final sobre o significado da Constituição.

Torna-se fundamental aqui diferenciar “controle de constitucionalidade” daquela tarefa específica que pode caber ao judiciário dentro deste, ainda que

⁴⁶ É verdade que até mesmo ministros do STF, às vezes, consideram relevante a interpretação da Constituição no “além tribunal”, como se vê em: “[...] é cediço, na doutrina do Direito Constitucional, tal como foi feito aqui pela Lei nº 9.709, que o Judiciário deve respeitar a legítima interpretação que o Poder Legislativo confere aos dispositivos da Carta Magna, porquanto aquele primeiro Poder, o Poder Judiciário, não é o único que realiza a exegese constitucional.” (Trecho do voto do ministro Luiz Fux, na ADIn 2650).

⁴⁷ Nino (1997:261 e ss), por exemplo, desconstrói o suposto imperativo lógico que haveria no controle judicial de constitucionalidade.

⁴⁸ Waldron (2004:11).

⁴⁹ O ministro Dias Toffoli, do STF, acha que a Constituição Federal dá ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para cassar o mandato da presidente da República eleita com mais de 50 milhões de votos (ver “*Toffoli refuta tese de jurista e diz que TSE pode cassar Dilma*”, disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,toffoli-refuta-tese-de-jurista-e-diz-que-tse-pode-casar-dilma,1777259>, acesso em 10/10/2015). Não há instituição, além daquela da qual ele faz parte (STF), que possa negar essa interpretação em nosso sistema constitucional. Eu não concordo, mas não tenho qualquer canal (institucional), hoje, que possa fazer minha opinião ser considerada neste caso. Isso fere a democracia, segundo o que diria Dahl (1989:65).

saibamos que, atualmente, é muito comum confundir controle de constitucionalidade com controle *judicial* de constitucionalidade. É também como Zurn (2007:29) constrói seu conceito de constitucionalismo democrático-deliberativo, o qual albergamos:

[...] we ought to understand and justify the function of *constitutional review* before we can adequately answer the design question of whether that function should be realized through the institutions of *judicial review*. [...] constitutional review is an essential function of legitimate government according to the ideals of deliberative democratic constitutionalism. But this does not immediately entail that that function should be carried out by courts, much less that it should be fulfilled in a judicial system in the exact same way that it is in the United States.

Particularmente, cremos que, em grande medida, a sustentação do *judicial review* entre nós é fruto de um *déficit* de humildade epistêmica dos juristas em geral por estarem absolutamente convencidos de que seus pontos de vista morais – travestidos de discursos jurídicos – são melhores e, além disso, de que é muito mais provável que juízes concordem com eles do que parlamentares, presidentes ou mesmo a plebe ignara. É incomensuravelmente mais fácil redigir uma petição ao STF do que se engajar numa longa luta social por uma posição política, além do que, apenas uma das opções comporta ar refrigerado. Carlos Nino (1997:260) chama isso, elegantemente, de “elitismo epistemológico” e sumariza:

[...] Es entendible que aquellos juristas que celebran las bondades del control judicial de constitucionalidad se sientan ellos mismos más identificados con los jueces que con los políticos y, de este modo, se inclinen a pensar, como sostiene Michael Walzer, que aquello que ellos consideran ser las decisiones correctas – sus propias decisiones correctas – serían más factiblemente descubiertas por los jueces que por los políticos.

Os desgastes verificados nas relações judiciário-legislativo que têm como pano de fundo a interpretação constitucional são comuns, crescentes e cada vez mais agudos no Brasil. Em diversos casos, chegou-se muito próximo à anomia e à inconciliável contradição de posições entre eles. Isto, em nosso entender, torna o debate sobre os diálogos constitucionais ainda mais relevante

na atual quadra histórica, uma vez que a dinâmica entre sua defesa normativa e sua compreensão descritiva pode afigurar-se como um prisma desejável, senão mesmo necessário, de interpretação do funcionamento da adjudicação constitucional, em nosso país, que possa ser defensável à luz do desenho republicano da Constituição Federal de 1988.

1.1 Acordo semântico – alguns conceitos relevantes e suas conotações

A sequência do trabalho será facilitada se alguns conceitos, que comportam certo grau de indeterminação à vista das variadas acepções em que encontrados na literatura especializada, tiverem o sentido em que concebidos aqui especificado, o que se fará a seguir, em breves linhas.

1.1.1 Palavra final e supremacia

Quando tratamos de “palavra final” neste trabalho, se está falar de uma faceta do desenho institucional de um determinado sistema jurídico quanto a qual poder tem a prerrogativa de decidir sobre um determinado aspecto da interpretação constitucional em um dado momento.

De outro lado, “supremacia” diz muito mais com a efetiva postura que será ou não adotada pelo poder a quem for dada a palavra final. Ou seja, supondo o caso brasileiro, é inelutável que o Supremo Tribunal Federal tem a palavra final em cada rodada procedimental (ver melhor este conceito na Seção 1.5, abaixo), mas nada pressupõe que ele sempre terá a supremacia, posto que pode – e, muitos dirão, deve – abster-se de agir com supremacia em muitas das questões que lhe são submetidas, deixando “espaços” nos quais prevalecerá a posição do poder legislativo.

Note-se que esta diferenciação entre palavra final e supremacia não é pacífica, pois há quem as utilize como sinônimos, o que pode gerar consideráveis e desnecessários dissensos teóricos: “[...] *supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte*

na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.” (BARROSO, 2014:240). Esta descrição, aqui, seria da palavra final, e não da supremacia.

1.1.2 Judicialização da política e ativismo judicial

É, de certa feita, semelhante a diferença que há entre judicialização da política e ativismo judicial com aquela vista no item supra entre palavra final e supremacia. Isto porque a judicialização da política, agora concordando com a conotação de Barroso, *“decorre [...] [d]o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado e [d]o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós [...]”* (2014:244), sendo, portanto, uma característica ínsita ao nosso sistema constitucional.

Já o ativismo é uma atitude, uma forma de agir dos juízes. Ainda segundo Barroso (2014:245-246), *“[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. [...]”*

Basta, ao nosso propósito, deixar marcada a utilização diferenciada dos termos.

1.1.3 Democracia e democratização

Nem se aventa promover aqui debates aprofundados sobre o instigante e controverso conceito de democracia. A eventual tentativa *“[...] poderia nos levar à abordagem tediosa de um atoleiro semântico”*, parafraseando Robert Dahl (2005:25). Bastará precisar em que termos são utilizadas as palavras “democracia” e, conseqüentemente, “democratização”.

Democracia é um sistema político rigorosamente responsivo à preferência manifestada dos seus cidadãos. É um modelo ideal, talvez sequer viável faticamente, mas serve como padrão analítico de regimes específicos. Há fatores cruciais para que um governo permaneça responsivo no longo prazo às preferências dos seus cidadãos, basicamente três (necessários, mas talvez

não suficientes): (a) que todos possam formular suas preferências; (b) que todos possam expressar tais preferências a quem e como melhor lhes aprouver; e (c) que todos possam ter suas preferências igualmente consideradas na ação do governo, sem qualquer discriminação (DAHL, 2005:26). Aqui nos interessa, sobretudo, esta terceira condição.

Dahl concebe o termo “poliarquia”, em seu clássico homônimo, como uma forma de tratar de regimes democráticos prescindindo de diversas dimensões que se poderia reivindicar neles, focando principalmente no nível de contestação pública que é aceita pelo governo e na amplitude do direito de participação política (direitos políticos ativos e passivos). Regimes em que presentes estas condições em seus “máximos”, seriam poliarquias plenas. Ele afirma (2005:33), outrossim, que a democratização, como processo, certamente envolve mudanças ocorridas, por exemplo, com a afirmação dos direitos sociais no Estado de Bem-Estar Social ao longo da segunda metade do século XX. O que permite dizer que, para Dahl, democracia envolve direitos fundamentais, não apenas participação política em pé de igualdade. Em outras palavras, democracia não é um conceito meramente procedimental, mas dotado de necessária substância.

Mesmo a poliarquia requer substância, pois a ideia de que a contestação pública seja uma condição *sine qua non* de um regime dessa natureza implica que exista um aparato institucional que garanta tal direito e este, por sua vez, integra, sem dúvidas, o conjunto de direitos que muitos teóricos concebem como “pré-condições da democracia”. E muitos dos teóricos que apontam tais pré-condições, dizem que é a garantia delas a única circunstância que autoriza um tribunal judicial não-eleito a sobrepor-se à vontade de uma legislatura sufragada, sendo o mais conhecido deles Jonh Hart Ely (1980).

A dificuldade, neste ponto, seria determinar quais são, exatamente, os direitos compreendidos nesta categoria de “pré-condições da democracia”, que legitimariam o controle judicial de constitucionalidade das leis, naquilo que é um dos grandes temas do Direito Constitucional contemporâneo: a “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1986). Nino (1997:275) muito bem lança o problema:

En verdad, es bastante difícil determinar cuáles son esos derechos *a priori* y distinguirlos de los derechos *a posteriori* que son establecidos por el proceso democrático. Algunos derechos *a priori* son obvios. Por ejemplo, los derechos políticos activos y pasivos o la libertad de expresión son claramente centrales para un contenido mínimo del sistema democrático. Pero estos derechos presuponen otros que son incluso más básicos, incluyendo la protección contra agresiones y las restricciones políticas de la libertad de movimiento. Estas son precondiciones de la participación libre en proceso democrático.

Existen otros derechos que podrían generar más debate acerca de si gozan o no de una naturaliza *a priori*. Tomemos el caso de los así llamados derechos sociales o de bienestar. [...]⁵⁰

O autor argentino segue o raciocínio percebendo que não há fórmula matemática para determinar quais direitos são necessários *a priori* para que a participação política seja adequada à geração de um valor epistêmico à deliberação, ou seja, para que o produto dos debates democráticos torne-se, com as decisões tomadas, o melhor possível para a maioria da população. Ele afirma que, quanto mais direitos forem incluídos no rol – e, portanto, deferidos à supremacia judicial em sua afirmação – menos temas restarão para o debate e a deliberação pública. E, assim, num verdadeiro paradoxo, a ânsia por melhorar as condições de exercício da democracia acabaria por esvaziar quase que completamente a margem de exercício dela própria.

São questões, como se percebe, de mais alta dignidade filosófica no âmbito da Teoria Democrática e do Direito. Não há pretensão de aqui aportar resposta a elas. A tradição difundida pelos estudos de Ronald Dworkin sustenta a democracia substantiva de direitos fundamentais como pano de fundo da

⁵⁰ Waldron (2005:339) também concorda que existam tais direitos sem os quais não haveria como exigir que alguém defira autoridade moral ao sistema democrático: “[...] *hay algunos derechos a los que, en caso de no ser respetados en una comunidad, no podría atribuirse ninguna legitimidad política a ningún procedimiento de decisión mayoritaria. ¿No es apropiado, entonces, que la toma de decisiones mayoritaria esté limitada por los derechos que satisfacen esta fórmula? Difícilmente podríamos lamentarnos de dichos límites en nombre de la democracia, puesto que una democracia no limitada por tales derechos casi no merecería su nombre. Dicha objeción se dirigiría contra el establecimiento o la protección de las propias condiciones que hacen valioso apelar al ideal de democracia.*” O filósofo só não concorda que esses direitos sejam defensáveis antes do direito à igual participação e também não enxerga que a fundamentalidade desses direitos os façam serem defendidos pelo poder judiciário. “[T]odo ‘está’ al alcance de nuestra mano en una democracia, incluyendo los derechos asociados a la democracia misma.” (WALDRON, 2005:362).

defesa de que são os juízes os mais capacitados a garanti-la. Não é com o que aqui se concorda.

Jaremy Waldron (como se verá adiante) diz que o direito básico, numa democracia, é a igual dignidade de cada indivíduo, como aliás, o afirma Dworkin, mas conclui, em oposto a este, que o que garante esse direito é apenas a participação igual de cada indivíduo nos processos políticos, isolando-a de qualquer outro pressuposto ou pré-condição.

A posição a que subjaz a conotação adotada pelo termo democracia, neste trabalho, é muito mais próxima da sustentada por Waldron, aceitando como democrático o sistema em que a mesma dignidade de cada um seja garantida pela igual participação na formação da vontade coletiva, portanto, da vontade política – aquela terceira condição de Dahl. Nos parece relevante a ponderação de Nino (e não suas conclusões, que vão próximas das de Ely) quanto ao provável resultado de se ampliar o elenco de direitos de que se precisaria para considerar a participação política como igual, qual seja, de que essa ampliação poderia redundar na não desejada fragilização da própria democracia. E, mais grave ainda, seria crer que um judiciário não-eleito e não responsivo democraticamente estaria melhor paramentado para garantir tais pré-condições, notadamente quando couber a ele discenir quais são elas.

O único temperamento que se acrescentaria a Waldron, e não nos parece que de forma contraditória, seria que a deliberação democrática tem uma tendência a produzir resultados decisórios epistemicamente melhores que qualquer outra forma de tomada de decisões. Isto vale para as deliberações no interior de instituições democráticas (como os parlamentos) e mesmo – e este é o nosso foco – para os processos deliberativos interinstitucionais (como na adjudicação constitucional levada a cabo por legislativo e judiciário, conjuntamente).

Dizer que os resultados produzidos na democracia são epistemicamente melhores pressuporia, para muitos, um parâmetro de análise externo, *ex ante*, um determinismo moral compatível, apenas, com o paradigma de uma democracia substancial. Chamamos a atenção para este ponto, porque a sua incompreensão poderia vicejar em alguém a percepção de que, aqui, haveria uma contradição em nossa defesa. Não é o caso, contudo.

Chancelamos o raciocínio de David Estlund (2011:33), quando afirma que:

[...] [l]as leyes aprobadas democráticamente están investidas de autoridad y son legítimas porque son el resultado de un procedimiento que **tiende a tomar decisiones correctas**. No es un procedimiento infalible, e incluso es probable que existan otros procedimientos más atinados. Pero **la democracia es mejor que el azar y, en términos epistémicos, es el mejor procedimiento entre todos aquellos generalmente aceptables para una teoría de la legitimidad política**. [...] [podemos] seguir pensando, a la luz de nuestras opiniones sobre la justicia, que el procedimiento no ofrece razones epistémicas poderosas. En ese caso podremos apelar a cualquier fuente y a cualquier método que consideremos más aptos, aunque no sean generalmente aceptables. [Grifos nossos].

A crença – talvez seja mesmo, sobretudo, uma crença – no potencial epistêmico do procedimento democrático vincula-se à ideia de que a deliberação pública é capaz de evitar ou pelo menos reduzir o uso de argumentos contrários às decisões que seriam melhores para o conjunto do povo. E, sempre que se tratar de temas em que os desacordos morais sobre a decisão a tomar sejam tão profundos que nenhum argumento racional possa resolver, então a decisão majoritária será a única a garantir a igual dignidade de todos, não há dúvidas. Isso não retira, contudo, ao contrário, até mesmo reforça, o potencial epistêmico da democracia, pois pressupomos que ela produzirá resultados mais justos, ainda que não saibamos, de antemão, o que seja a justiça.

O indivíduo moral que se porá a deliberar e que anima a crença no potencial epistêmico da democracia é exatamente aquele delineado por Waldron (2005:337) quando trata da concepção constitucional de democracia:

[...] [c]uando identificamos a alguien como portador de derechos (*rights-bearer*) expresamos algún tipo de confianza en las capacidades morales de esa persona, en especial en su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los intereses de los demás. La posesión de esta capacidad – un sentido de la justicia, si se prefiere – es la base principal para tener competencia democrática. Nuestra convicción de que los hombres y mujeres comunes poseen lo necesario para participar responsablemente en el gobierno de su sociedad es, de

hecho, la misma convicción que aquella sobre la que se basal a atribución de derechos.

Numa síntese parcial, enquanto Waldron crê que o procedimento igualitário é a única forma de garantir igual dignidade a cada indivíduo de uma democracia, aqui, sustentamos que tal procedimento, além de garantir a igual dignidade de cada um, produz decisões epistemicamente melhores se houver, em seu bojo, deliberação. Novamente, não nos parece que Waldron objetaria:

[...] la emergencia de las teorías de los derechos en la era moderna estaba asociada no sólo con al autoconfianza sustantiva de la razón individual, sino también con una cierta autoconfianza *epistemológica*, esto es, una confianza por parte de los individuos en su propia capacidad de reflexionar sistemáticamente sobre los procedimientos que el conocimiento y la deliberación racional conllevan. [...] (WALDRON, 2005:353). [Grifo nosso].

Deliberação, a seu turno, pressupõe trocas de argumentos⁵¹, diálogo. E é, então, por isso, que o presente trabalho entrelaça em seus pressupostos teóricos a ideia de que o diálogo – com esta conotação – na interpretação da Constituição, entre os poderes legislativo e judiciário, é capaz de produzir resultados com maior potencial epistêmico do que, por exemplo, uma dinâmica adversarial, em que não haja troca real de argumentos. Isto porque, se não há consideração mútua de razões e motivos (neste caso, na exegese da Constituição), não há deliberação, mas apenas imposição. Se não há deliberação, não se ativa qualquer implemento epistêmico. E, se não há razão para crer que o procedimento adotado (de adjudicação constitucional) produz resultados mais justos (epistemicamente melhores), então haveria poucas razões para defender o procedimento democrático em detrimento, por exemplo, da simples decisão ao azar (ou sorte) de um dado (que garante igual tratamento às posições em jogo).

⁵¹ Aqui, uma vez mais, Waldron (2005:364), mostrando que está pressuposto em seu procedimentalismo a ideia de que, à decisão majoritária, deve anteceder uma efetiva troca de argumentos. Ele crê num “[...] *modelo de la discrepancia de opiniones – un escenario ruidoso en el que **hombres y mujeres de flerte temperamento argumentam** exaltados y apasionados sobre los derechos que tenemos, lo que exige la justicia y lo que representa el bien común, motivados en sus desacuerdos no por lo que puedan sacar de ahí, sino por un deseo de alcanzar lo correcto.*” [Grifo nosso]. Ora, se argumentam, é porque acreditam que suas razões morais são capazes de convencer os demais. E se há convencimento moral, pode haver implemento epistêmico à decisão.

São poucas páginas e poucas palavras para chegar a afirmações quicá tão peremptórias. Muitos dos relatos teóricos que aqui produzimos são melhor contextualizados e desenvolvidos ao longo do texto, notadamente na Seção 2.2 do Capítulo 2. O presente tópico deve servir, sobretudo, para que se compreenda que, ao dizer-se, neste trabalho, que algo ou algum procedimento tem potencial de democratizar um determinado resultado, se está afirmando que terá chances de dar respostas epistemicamente mais defensáveis e mais garantidoras da igual dignidade de cada indivíduo no processo de decisões políticas. Também se está a dizer que democratizar uma decisão judicial, tomada pelo STF na condição de último a dar a palavra sobre um tema constitucional em uma determinada rodada procedimental, significa impregná-la com argumentos advindos diretamente dos representantes do povo, os parlamentares. É o que consideramos, mais do que audiências públicas ou *amici curiae*, uma forma de participação política no processo de adjudicação constitucional (isso, pelo menos enquanto a palavra final provisória for conferida ao judiciário).

Como diz Bobbio (2000:426) – que não é nenhum procedimentalista: *“[...] não está em absoluto garantido que a decisão tomada pela maioria seja mais sábia. Mas ao menos é aquela que se pode presumir seja a mais vantajosa para a maioria, contanto que se entenda possa ser mudada com o mesmo procedimento.”*

1.2 Algumas disputas de poder entre legislativo e judiciário no Brasil atual

Esta Seção não tem qualquer pretensão abarcante, mas sim ilustrativa. O propósito aqui é demonstrar que há casos – e não poucos e nem de somenos importância – em que os poderes legislativo e judiciário entram em conflito, também no Brasil, pelo significado das normas da Constituição. Em geral, a disputa é sobre a interpretação constitucional em si, não havendo consideráveis questionamentos do parlamento à existência de uma palavra final do STF sobre o sentido da Carta Política. Dizendo de outra forma: no mais das vezes, o conflito é gerado por divergências de exegese, mas a relação costuma ser hierarquizada, com o Congresso reclamando, mas pouco

desafiando a autoridade do tribunal. Alguns casos envolvendo uma disputa real sobre o poder do Supremo serão vistos na Seção seguinte. Tratando do potencial deliberativo que poderia haver nas trocas de argumentos entre o legislativo e o judiciário, Gargarella (2010:146-147) afirma – e acerta para o caso brasileiro – que:

[...] No existen hoy (o están claramente subdesarrollados) los medios para propiciar el “reenvío” de normas desde el Poder Judicial hacia los órganos políticos, para facilitar un posible diálogo y debate entre poderes. El poder que, de hecho, ejercen los jueces como “última voz” del sistema institucional también conspira contra la posibilidad de que se instrumente un intercambio frutífero entre poderes. Dicho hipotético y saludable intercambio, entonces, se convierte en una conflictiva disputa de poder, en donde una rama del gobierno “golpea” a la otra, bloqueando o vetando su capacidad de decisión.

Talvez um exemplo concreto do clima que muitas vezes se gerou esteja no trecho seguinte do discurso de despedida da presidência da Câmara dos Deputados proferido pelo deputado Marco Maia, em fevereiro de 2013:

[...] defendemos publicamente, em mais de uma ocasião, as prerrogativas constitucionais da Câmara dos Deputados contra ameaças de interferências por parte de outros Poderes.

Aliás, faço questão de ressaltar que não há como deixar de manifestar minha mais profunda preocupação com as interpretações circunstanciais de nossa Constituição por parte do Judiciário, responsável tão somente por sua guarda, mas que tem se arriscado a interpretações que só ao Legislativo cabem, atitude muito preocupante que segue exigindo postura enérgica e intransigente por parte do Legislativo.⁵²

Quando fala “judiciário” ele refere-se, especificamente, ao Supremo Tribunal Federal e, de uma análise do contexto vivido à época, constata-se que a principal polêmica que ensejou a acréscima manifestação deu-se em razão da disputa sobre quem era o poder responsável por decretar a perda do mandato de parlamentares condenados em processos criminais. Vejamo-la em primeiro lugar, pois.

⁵² Discurso proferido no plenário da Câmara dos Deputados, em 04/02/2013, disponível em <http://www.camara.leg.br/internet/sitagweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=001.3.54.P&nuQuarto=6&nuOrador=3&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=10:22&sgFaseSessao=AB%20%20%20%20%20%20%20&Data=04/02/2013&txApelido=PRESIDENTE&txEtapa=Com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final>, acesso em 04/11/2015.

1.2.1 Autoridade responsável por declarar a cassação de mandatos parlamentares

Há grande contenda acerca do que quis dizer a Constituição Federal de 1988 sobre a responsabilidade por efetivar a perda do mandato parlamentar quando do trânsito em julgado de condenação criminal. O Art. 15, inc. III, da Carta Política⁵³ parece impor a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação. Já o Art. 55, inc. IV,⁵⁴ diz que perderá o mandato o parlamentar que perder ou tiver suspensos os direitos políticos. Parasse aqui, o debate nem existiria, pois ficaria claro que a condenação criminal implicaria, *ipso facto*, a perda do mandato parlamentar.

Tudo se complica em virtude do inc. VI e dos §§ 2º e 3º deste mesmo Art. 55. É que o inc. VI traz a hipótese da condenação criminal em sentença transitada em julgado como caso específico para a perda do mandato parlamentar; neste compasso, o § 2º afirma que, nas hipóteses do inc. VI, a perda será decidida pela respectiva Casa Legislativa, por maioria absoluta e em processo com ampla defesa, enquanto o § 3º diz que, nos casos de

⁵³ “**Art. 15.** É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

⁵⁴ “**Art. 55.** Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...]

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.”

suspensão dos direitos políticos (inc. IV, por exemplo), a perda será declarada, também em processo em que prevista a ampla defesa.

Ora, os evidentes problemas de sistematicidade e técnica legislativa na redação original da Constituição levaram a no mínimo três possíveis interpretações (razoáveis): 1- que, como a perda de mandatos é apenas declarada pela Câmara ou pelo Senado nos casos de suspensão dos direitos políticos e como a suspensão é decorrência inexorável da condenação criminal transitada em julgado, logo o disposto no inc. VI do Art. 55 e no seu § 2º devem ser desconsiderados, redundando o ato judicial diretamente na perda do mandato parlamentar; 2- que, como houve a previsão expressa da hipótese da condenação criminal no inc. VI do rol do Art. 55 das hipóteses de perda do mandato parlamentar, ao lado da suspensão, e como o § 2º fez menção também expressa à necessidade de decisão por parte da casa legislativa, então caberia aos deputados e/ou senadores impor a perda do mandato ao condenado criminalmente, restando as hipóteses de mera declaração aos incisos III, IV e V do Art. 55 e retirando do IV uma de suas incidências (que são as previstas no Art. 15 como as causas de suspensão dos direitos políticos); 3- que, como ambos os parágrafos do Art. 55 exigem a ampla defesa, então sempre a perda do mandato parlamentar exigiria a decisão das Casas Legislativas, jamais decorrendo diretamente, como efeito automático, de qualquer hipótese, seja de condenação criminal, seja de qualquer das outras previstas no Art. 55, pois não haveria porque prever-se ampla defesa se não houvesse chance de declaração de inocência.

Uma forma de tentar compreender o que houve com o texto da Constituição é remontar aos debates constituintes que conduziram aos dispositivos ora debatidos. A leitura dos anais da Constituinte não deixa dúvidas: a opção tomada pelos autores da CF/88, por uma robusta e esclarecida maioria de 407 votos pró, e apenas 16 contrários, foi a de dar ao plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme o caso, a prerrogativa de decidir sobre a perda do mandato, ainda que já transitada em julgado a condenação criminal do parlamentar na ação julgada pelo STF.⁵⁵

⁵⁵ **Debate e votação, em plenário da Assembleia Constituinte, do Título IV, Capítulo I, Seção V, do Projeto de Constituição, na 227ª Sessão, em 17 de março de 1988 (constante**

nas pp. 215-216 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano II – nº 208 sexta-feira, 18 de março de 1988, disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/N015.pdf>): “[...] O SR.

PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – O texto proposto é de autoria do nobre Constituinte Antero de Barros, com destaque do Constituinte Fernando Lyra, que querem o preceituado no inciso VI, que se refere a perda de mandato de Deputado e Senador. Diz o texto do Inciso VI: ‘Será cassado o mandato do Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal, em sentença definitiva ou irrecorrível, pelo Supremo Tribunal Federal’. O texto do ‘Centrão’ estabelece que, na hipótese – como está escrito no § 3º – quando houver condenação irrecorrível, a Mesa da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, reconhece, homologa e ratifica essa situação da sentença que transitou em julgado – sentença irrecorrível do Supremo Tribunal Federal. Querem os nobres autores que, havendo a sentença do Supremo Tribunal Federal, ainda seja suscetível de decisão por parte do Plenário, da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Ou se mantém o texto, pelo qual a Mesa, de forma homologatória reconhece a decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ou permanece a decisão pela Câmara ou Senado. Há que se recordar também – e todos sabem disso – que, pela sistemática adotada na hipótese, no elastério estabelecido, o processo contra Deputado e Senador depende de autorização da Câmara ou do Senado. Somente com autorização da Câmara e do Senado o processo poderá ir a julgamento no Supremo Tribunal Federal. [...] **O SR. NELSON JOBIM (PMDB – RS. Sem revisão do orador.):** – Sr. Presidente Srs. Constituintes, o texto do projeto, no seu art. 66, enumera as hipóteses de perda de mandato de Deputado ou Senador, como segue infringência das hipóteses do artigo anterior, ou seja, daquelas que aprovamos, de autoria do Deputado Egidio Ferreira Lima; procedimento considerado incompatível com o decoro parlamentar; o não-comparecimento às sessões; perda ou suspensão de direitos políticos; decretação da Justiça Eleitoral; condenação e sentença criminal, irrecorrível e definitiva, ou condenação em ação popular. Portanto, são seis as hipóteses de perda de mandato Nos §§ 1º e 2º do artigo se esclarece como ocorre a perda de mandato. Estabelecem esses parágrafos que, naquelas hipóteses de infringência das regras do artigo anterior, a perda do mandato será decidida pelo Plenário da Casa – Câmara ou Senado – como também, na hipótese de procedimento incompatível como decoro parlamentar, a decretação da perda de mandato será da competência do Plenário de cada uma das Casas. Já as hipóteses de não-comparecimento às sessões, perda ou suspensão de direitos políticos, decretação da Justiça Eleitoral e condenação criminal em ação criminal ou em ação popular, seriam da competência da Mesa de cada uma das Casas, com efeito meramente declaratório. Propõe a emenda do eminente Constituinte Antero de Barros, destacada pelo nobre Constituinte Fernando Lyra, que, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, o ato seja da competência do Plenário e não da Mesa da respectiva Casa. Por quê? Porque o ato da Mesa é meramente declaratório da sentença judicial que implique perda de mandato. Neste caso, teríamos a seguinte hipótese absurda; um Deputado ou um Senador que viesse a ser condenado por acidente de trânsito teria imediatamente, como consequência da condenação, a perda do seu mandato, porque a perda do mandato é pena acessória à condenação criminal. Portanto, o ato da Mesa seria meramente declaratório. Visa a emenda a repor este equívoco e fazer com que a competência para a perda do mandato, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, seja do Plenário da Câmara ou do Senado, e não de competência da Mesa. Deste modo, tratar-se-ia de decisão política a ser tomada pelo Plenário de cada uma das Casas, na hipótese de condenação judicial de um Parlamentar, e não teríamos uma imediata entre a condenação e a perda do mandato, em face da competência que está contida no projeto. Portanto, faço um apelo aos Srs. Constituintes para que corrijam este equívoco, a fim de que, nas hipóteses de condenação em ação criminal ou em ação popular, a perda do mandato seja uma decisão soberana do Plenário da Câmara ou do Plenário do Senado. Este é o sentido do encaminhamento, Sr. Relator. Espero que abrace em seu parecer esta emenda. [...] **O SR. BERNARDO CABRAL (Relator) (PMDB – AM. Sem revisão do orador.):** – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, já por ocasião da publicação do parecer, em janeiro, o Relatório foi favorável à emenda do eminente Constituinte Antero de Barros. Salientava que a matéria deve ser posta à deliberação plenária, não se sujeitando à automática declaração dos membros da Mesa, embora compreensível quanto a este e outros fatos. Sr. Presidente, entendemos que o Plenário deve de manifestar. O Plenário é que deve julgar se um crime culposo, por acidente de trânsito, por atropelamento, implica perda de

Ainda assim, no âmbito dos debates sobre os efeitos das condenações, na Ação Penal 470, os ministros do STF perfilaram-se majoritariamente em posição diversa.⁵⁶ O voto do relator, ministro Joaquim Barbosa, sustentou que o judiciário teria competência para determinar, com efeito imediato, a perda dos mandatos de parlamentares condenados criminalmente (no caso da AP 470, eram os deputados José Genoíno, João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto e Pedro Henry). Por apertada maioria de cinco votos contra quatro, a posição do relator prevaleceu em assentada de 17 de dezembro de 2012.

Em 08 de agosto de 2013, pouco mais de seis meses após o julgamento anterior sobre a matéria, a maioria inverteu-se de posição num Supremo agora composto pelos ministros Barroso e Teori Zavascki. No julgamento da Ação Penal 565, em que réu o Senador Ivo Cassol, o STF entendeu, por seis votos a quatro, que a condenação criminal não redundaria automaticamente na cassação do mandato, exigindo que o plenário do Senado decidisse sobre ela. A AP 565 não transitou em julgado até o presente momento em razão de sucessivos embargos da defesa, mas a manifestação de maioria dos ministros pode se considerar representativa, pois tomada no julgamento do plenário.

Pouquíssimo tempo depois desse julgamento, eclodiu na mídia nacional o caso do deputado federal Natan Donadon. Ele foi condenado criminalmente no bojo da Ação Penal 396, também do STF, em outubro de 2010. Contudo, nesta condenação o tribunal não deliberou sobre, e, logo, não cominou expressamente, a perda do mandato como efeito da condenação (fosse seguida a tese do relator da AP 470, isso nem seria necessário, pois a perda seria considerada efeito automático). Em 26 de junho de 2013, foi emitida a certidão do trânsito em julgado e, com isso, o deputado Donadon foi preso na Penitenciária da Papuda, em Brasília. O inusitado e inédito era o fato de haver um deputado federal, com mandato em exercício, preso em decorrência de condenação criminal. A Câmara dos Deputados abriu e decidiu o processo de cassação do mandato em 28 de agosto de 2013. O resultado foi surpreendente:

mandato parlamentar. Opino pela aprovação, Sr. Presidente. [...] O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Em votação a emenda. (Procede-se à votação.) O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Encerrada a votação, a Mesa vai proclamar o resultado (votação nº 286): SIM – 407; NÃO – 16; ABSTENÇÃO – 6; TOTAL – 429. A Emenda foi aprovada. [...]”

⁵⁶ Para uma exposição das posições adotadas recentemente pelo STF sobre a autoridade competente para a decisão da perda do mandato parlamentar, veja-se Amaral Júnior (2013).

Com 233 votos favoráveis à perda, 131 contrários e 41 abstenções, o deputado permaneceu com o mandato (são necessários 257 votos para efetivar-se a perda).

Foram vários os efeitos dessa decisão, para não falar da perplexidade que causou. Um primeiro (não pela ordem) a remarcar foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 76, em 28 de novembro de 2013, tornando abertas as votações de perda de mandatos parlamentares (até então, o § 2º do Art. 55 da CF/88 previa a votação secreta, o que, segundo muitos, permitiu o resultado da primeira votação do Caso Donadon). Outro efeito foi a decisão do STF anulando a sessão do plenário da Câmara que decidiu pela não-cassação do mandato.

De fato, o deputado federal Carlos Sampaio impetrou mandado de segurança (que recebeu o número 32.326) contra a Presidência da Câmara dos Deputados, no Supremo, pedindo a anulação da sessão de votação e a declaração, pelo tribunal, da perda do mandato do deputado Natan Donadon.⁵⁷ Em decisão liminar de 04 de setembro de 2013, o ministro Barroso, após longo arrazoado em que pondera, entre outros, a clareza (e ao mesmo tempo a incongruência e inadequação) das normas constitucionais aplicáveis e a possibilidade que elas conferem de que um deputado, ainda que condenado criminalmente pelo STF, continue no exercício do mandato, suspendeu os efeitos da decisão da Câmara pelo fato de que, no caso específico de Donadon, a pena em regime fechado ultrapassava o período restante de mandato, o que geraria uma impossibilidade “jurídica e física” de exercício parlamentar.

Após a decisão liminar deste mandado de segurança e a promulgação da Emenda Constitucional nº 76, a Câmara dos Deputados, em sessão de 12 de fevereiro de 2014 (a primeira de cassação de mandato parlamentar com voto aberto), decidiu cassar Natan Donadon com 467 votos favoráveis e uma abstenção – nenhum voto contrário. Note-se o mais curioso: a composição do plenário era a mesma da votação de agosto de 2013. A decisão do STF, de 21 de março de 2014, que considerou prejudicado o mandado de segurança pela

⁵⁷ Não deixa de ser curioso que, em função da luta política, um deputado prefira defender no STF que a Câmara não tem a atribuição de decidir sobre a perda de mandato, vulnerando o poder da própria instituição à qual pertence.

superveniente perda do objeto, tem o seguinte trecho da lavra do ministro Barroso:

Por fim, registre-se que o deferimento da medida liminar permitiu que o Poder Legislativo fizesse um novo exame da matéria, já à luz dos elementos constitucionais que tornavam inviável, no caso, a manutenção do mandato parlamentar. Nessa nova oportunidade, a Câmara dos Deputados determinou a perda do mandato pela expressiva maioria de 467 votos favoráveis e nenhum voto contrário, computando-se uma abstenção. Esse tipo de **diálogo institucional** demonstra que a relação entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal pode ser marcada por saudável complementariedade, em benefício da efetiva concretização das exigências constitucionais. [Grifo nosso].

Colaciona-se este excerto tão somente para dizer, desde já, que isto que o ministro Barroso considerou “diálogo institucional” foi, de fato, apenas uma imposição do STF ao Congresso, posto que, cancelada pelo plenário do tribunal a posição do relator (o que não ocorreu pela perda do objeto), sequer poderia a Câmara ter, sem desrespeitar a decisão judicial, decidido novamente sobre a cassação do mandato.

Rememore-se que o julgamento da AP 470 deu-se em dezembro de 2012. Ao longo do ano de 2013, em que ocorreu a flutuação da posição do STF sobre a competência para a decretação da perda do mandato parlamentar, as relações entre o Congresso – e mais especificamente a Câmara dos Deputados – e o STF estiveram bastante abaladas, sobretudo porque a condenação dos quatro deputados na AP 470 não transitara em julgado, havendo diversos recursos em trâmite. Os presidentes Marco Maia e Joaquim Barbosa, respectivamente, terminaram seus mandatos às turras, sem se cumprimentar publicamente (Maia fez questão de mencionar, em seu discurso de despedida da Presidência, os ex-presidentes do STF Ayres Britto e Cezar Peluso *“pelo prazer da convivência e disposição de diálogo”* durante seu período de mandato, em omissão retumbante ao contemporâneo presidente Barbosa).

A decisão dos deputados, em agosto de 2013, pela manutenção do mandato de Natan Donadon foi uma clara demonstração de descontentamento dos parlamentares em função da tentativa do STF de suprimir atribuições do

Congresso. A deliberação do plenário foi reverberada pela imprensa com manchetes como “*Câmara afronta decisão do STF e livra deputado-presidiário da cassação.*”⁵⁸

As dificuldades no relacionamento entre os poderes advieram, naturalmente, da disputa pela competência para a decisão sobre a perda dos mandatos – e essa, por sua vez, tendo ela decorrido de interpretações diversas sobre a Constituição, torna este um caso típico de contenda pela última palavra em matéria de exegese constitucional. Marco Maia, ainda em 2012, antes do julgamento da AP 470, já afirmava que “*se STF condenar João Paulo [Cunha, deputado processado na AP 470], cassação não será automática na Câmara.*”⁵⁹ À medida em que se aproximava o julgamento final da ação no Supremo, o tom foi aumentando: “*Marco Maia teme conflito entre Poderes caso STF decida cassar mandatos.*”⁶⁰ Ele disse, textualmente, em 11 de dezembro de 2012 que:

[a] Constituição é muito clara quando diz que a prerrogativa de cassação de mandatos é da Câmara ou do Senado. Portanto, não cabe nem ao STF nem ao Executivo adotar posturas diferentes daquelas previstas na Constituição Federal. É isso que nós estamos defendendo. Nós não nos metemos nas prerrogativas do STF nem do Executivo, portanto não gostaríamos que nenhum desses poderes se metessem nas prerrogativas exclusivas da Câmara dos Deputados.⁶¹

Discursos inflamados em apoio à postura do presidente da Câmara foram proferidos em plenário, com teor semelhante ao da seguinte manifestação do deputado Ricardo Berzoini, de 11 de dezembro de 2012:

O SR. RICARDO BERZOINI (PT-SP. Pela ordem. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, quero, desta tribuna, parabenizar o Presidente desta Casa, Deputado Marco Maia, que ontem assumiu, tanto em artigo publicado na Folha de

⁵⁸ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/08/1333663-camara-afronta-decisao-do-stf-e-livra-deputado-presidiario-da-cassacao.shtml>, acesso em 15/04/2015.

⁵⁹ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/425557-MARCO-MAIA-SE-STF-CONDENAR-JOAO-PAULO,-CASSACAO-NAO-SERA-AUTOMATICA-NA-CAMARA.html>, acesso em 15/04/2015.

⁶⁰ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/432369-MARCO-MAIA-TEME-CONFLITO-ENTRE-PODERES-CASO-STF-DECIDA-CASSAR-MANDATOS.html>, acesso em 15/04/2015.

⁶¹ Idem.

S.Paulo, como em entrevistas que proferiu durante o dia, uma postura extremamente correta e, principalmente, consciente dos seus deveres como Presidente desta Casa. S.Exa. disse claramente que o mandato parlamentar é prerrogativa da Casa parlamentar, dos seus pares dispõem desse mandato que foi conferido pelo povo, e não a partir de uma visão perigosa não só da judicialização da política, mas também da politização da Justiça, na tentativa de fazer de um Poder, que não é eleito pelo povo, superior aos demais Poderes, um Poder que tem uma função específica, uma função judicial e não uma função política. A função política é nossa, e nós não podemos abrir mão dela. O Deputado Marco Maia está de parabéns e merece ser apoiado pelo conjunto desta Casa para que possamos dizer claramente que este Poder não se ajoelha diante dos demais, que este Poder não tem medo de cara feia nem de discursos desqualificados que, a pretexto de julgar uma ação penal, são proferidos como se fossem comício eleitoral no Supremo Tribunal Federal. Acho que o Deputado Marco Maia deu um exemplo ao conjunto dos Deputados e Senadores de que é preciso fazer ver que o Poder Legislativo não é um Poder menor, é um Poder em equilíbrio e harmonia com os demais Poderes. [...]⁶²

Diversos líderes partidários, tanto da situação como da oposição, perfilarão-se em defesa da posição do presidente da Câmara e em nome da prerrogativa, que entendiam garantida pela Constituição, de que a decisão da perda dos mandatos parlamentares fosse das Casas Legislativas, e não do STF.⁶³

Já os ministros do STF, naquele momento, negavam que se estivesse em iminência de crise institucional. O então ministro Ayres Britto, por exemplo, disse que

Os poderes são maduros e os agentes tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Congresso Nacional, na hora precisa, têm um senso de institucionalidade muito maior do que o senso de individualidade. Então, a última palavra é sempre do equilíbrio, da harmonia, e este episódio não vai fugir à regra.⁶⁴

⁶² Disponível em <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=342.2.54.O&nuQuarto=110&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=17:38&sgFaseSessao=GE&Data=11/12/2012&txApelido=RICARDO BERZOINI>, PT-SP, acesso em 15/04/2015.

⁶³ Veja-se, por exemplo, “Líderes apoiam posição de Marco Maia sobre cassação de mandatos pelo STF”, disponível em <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-12-11/lideres-apoiam-posicao-de-marco-maia-sobre-cassacao-de-mandatos-pelo-stf>, acesso em 15/04/2015.

⁶⁴ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/432507-CASO-MENSALAO-MINISTROS-DO-STF-NEGAM-CRISE-INSTITUCIONAL.html>, acesso em 15/04/2015.

Celso de Mello, que foi o voto de desempate favorável à perda automática do mandato como decorrência da condenação criminal, na AP 470, disse em seu voto que “[...] o não cumprimento de ordem judicial por agente público pode significar crime de prevaricação. Comete crime de prevaricação o agente que em ofício deixa de praticar, retarda ou frustra execução de ordem judicial”,⁶⁵ em referência à possibilidade de descumprimento da ordem do STF pela Câmara, que considerou “inaceitável”.

Marco Maia, então, retorquiu: “[n]inguém intimida o Parlamento!”.⁶⁶ Ele resolveu, em seguida, pedir à Advocacia-Geral da União estudo sobre a forma de recorrer da decisão do Supremo, acusando o tribunal de ingerência sobre a Câmara. Fez, ainda, ameaças nada veladas, dizendo que “[h]á uma lista de projetos na Câmara que estão tramitando há algum tempo e que tratam das prerrogativas do STF. Não tenha dúvida de que, nessa linha que está, certamente vão andar com mais rapidez”.⁶⁷ Dois dias depois, o então presidente do STF e relator da AP 470, Joaquim Barbosa, disse que a interpretação de Maia era fruto da “[...] falta de conhecimento sobre a Constituição Federal e sobre o funcionamento regular das instituições.”⁶⁸ E ainda fez questão de desdenhar:

Acredito que o deputado Marco Maia não será a autoridade do Poder Legislativo que terá a incumbência de dar cumprimento à decisão. Portanto, o que ele diz hoje não terá nenhuma repercussão no futuro ou no momento adequado de execução das penas decididas pelo plenário [do Supremo].⁶⁹

⁶⁵ Conforme reportagem publicada em 18 de dezembro de 2012, disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/12/ninguem-intimida-o-parlamento-diz-maia-sobre-voto-de-celso-de-mello.html>, acesso em 10/11/2015.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Constante em reportagem de 18 de dezembro de 2012, disponível em http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/12/18/interna_politica.337693/camara-vai-a-advocacia-geral-da-uniao-e-ameaca-nao-cumprir-decisao-do-stf.shtml, acesso em 15/04/2015.

⁶⁸ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/433329-BARBOSA-DIRA-NESTA-SEXTA-SE-PRISAO-DE-CONDENADOS-NO-MENSALAO-SERA-IMEDIATA.html>, acesso em 15/04/2015.

⁶⁹ Disponível em <http://www.viomundo.com.br/politica/a-troca-de-chumbo-entre-marco-maia-e-joaquim-barbosa.html>, acesso em 10/11/2015.

Em fevereiro de 2013, na abertura do ano legislativo (e já com novo presidente na Câmara, deputado Henrique Eduardo Alves), Barbosa comenta o discurso de despedida de Marco Maia:

No Brasil, qualquer assunto que tenha natureza constitucional, uma vez judicializado (sic), a última palavra é do Supremo Tribunal Federal. Não tenho mais nada a dizer sobre isso.⁷⁰

Passou-se o ano de 2013, com suas intempéries políticas e rurgas entre os poderes, e chegou-se a novembro com ainda o velho debate sobre a quem caberia decretar a perda dos mandatos. A maioria dos membros da Mesa da Câmara dos Deputados era contrária a aceitar a cassação automática dos mandatos, afirmando a soberania do legislativo para decidir sobre o assunto.⁷¹ No dia 15 daquele mês, transitou em julgado a ação contra o deputado José Genoíno (mas não, ainda, contra os demais deputados), o que precipitou os debates sobre o assunto no parlamento. O presidente da Câmara, Henrique Alves, afirmou, em 20 de novembro, que a Mesa Diretora descumpriria a decisão do STF e realizaria todos os procedimentos previstos no Regimento Interno para o processamento da cassação parlamentar, com ampla defesa e decisão final do plenário.⁷² Genoíno, naquele momento, estava licenciado do mandato (por problemas de saúde) e preso desde o dia 16 na Penitenciária da Papuda. Sobre a intenção de Alves de descumprir a ordem do STF, o ministro Marco Aurélio Mello disse: “[e]u não concebo que alguém com os direitos políticos suspensos possa estar no exercício de um mandato”.⁷³

O combate institucional da Câmara contra o Supremo, no que diz com a AP 470 e com a perda dos mandatos parlamentares, terminou sem um final conclusivo sobre a auto-afirmação de poder, pois os quatro deputados federais condenados renunciaram aos seus mandatos (Jose Genoíno em 3 de dezembro; Valdemar Costa Neto em 5 de dezembro; Pedro Henry em 13 de

⁷⁰ Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/2995050/joaquim-barbosa-rebate-criticas-de-marco-maia-ao-poder-judiciario>, acesso em 10/11/2015.

⁷¹ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1370565-maioria-da-cupula-da-camara-e-contra-cassacao-automatica.shtml>, acesso em 10/11/2015.

⁷² Disponível em <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/11/camara-discute-nesta-quinta-se-abre-processo-para-cassar-genoino.html>, acesso em 15/04/2015.

⁷³ Idem.

dezembro e João Paulo Cunha em 7 de fevereiro de 2014), evitando assim os processos de cassação. Não se sabe, por isso, o que teria feito o STF – e o ministro Joaquim Barbosa – em relação ao eventual descumprimento de sua decisão pela Câmara. É possível, contudo, que, neste caso específico, a posição teria sido de acatamento e parcimônia. Diz-se isso porque a Câmara resolveu, como visto, realizar novamente, em fevereiro de 2014, sessão para cassar o deputado Natan Donadon, em evidente expressão de sua prerrogativa de tomar a decisão sobre a perda de mandatos. O Supremo, como igualmente relatado, relevou a decisão e, inclusive, declarou a perda de objeto do mandado de segurança que buscava invalidar a primeira sessão de julgamento.

De se ver, entretanto, que o desfecho desta crise institucional não permite conclusões seguras quanto à última palavra sobre a perda dos mandatos parlamentares em caso de condenção criminal, e menos ainda sobre quem teria “conseguido” interpretar, por último, a Constituição. Provavelmente o apaziguamento dos ânimos durará até o próximo caso análogo que seja julgado pelo STF. E, ainda assim, dependerá de como se formará a maioria de ministros favorável a esta ou àquela posição. É o retrato da instabilidade.

1.2.2 Novos partidos: restrições a direito de antena (tempo de tv e rádio) e acesso ao fundo partidário

A presente disputa é longa e complexa, e igualmente inconclusa. Poderíamos tratar dela adiante, neste trabalho, uma vez que é sem dúvida um caso de tentativa de superação legislativa de posição jurisprudencial do STF (este é um dos tipos de casos que será escrutinado na pesquisa empírica, na Seção 4.3 do Capítulo 4). De certa forma, também visitamos as veredas deste *thema* quando abordamos a posição do ministro Fux sobre o que sejam diálogos constitucionais (item 2.3.3 da Seção 2.3 do Capítulo 2), posto que é no seu voto como relator na ADIn 5105 que ele constrói um alentado arrazoado sobre a possibilidade de o Congresso contrariar entendimentos do STF por meio de legislação ordinária, dando a isso o nome de “diálogos institucionais”. Contudo, além destas duas facetas, a restrição de acesso a tempo de rádio e

televisão e de recursos do fundo partidário aos novos partidos serve também, sobretudo, para evidenciar o quão tensas podem se tornar as relações entre o parlamento e a corte constitucional.

Nossa história começará em 1997, com a promulgação, pelo presidente da República, da Lei das Eleições, nº 9.504. Ela continha em sua redação original os seguintes dispositivos no Art. 47:

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

- I - um terço, igualmente;
- II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

O Partido Humanista da Solidariedade (PHS) intentou, em 14 de junho de 2010 (a Lei das Eleições já vigorava funcionalmente há quatorze anos), ação direta de inconstitucionalidade, que tramitou no STF sob o número 4430, com vistas a declarar a invalidade, entre outros, dos incisos I e II e da expressão “*e representação na Câmara dos Deputados*”, todos do § 2º do Art. 47 da Lei das Eleições, porque, segundo seu entendimento, “[...] *é de toda inconstitucional a sumária exclusão do rateio do horário eleitoral gratuito dos partidos que não tenham representação na Câmara dos Deputados, como está determinado na parte do § 2º do art. 47 da Lei das Eleições, aqui impugnada.*”⁷⁴ No mesmo julgamento foi incluída a ADIn 4795, que versava sobre mesma questão, ainda que com pedido oposto.

Entre 27 e 29 de junho de 2012 o ministro relator, Dias Toffoli, pautou o julgamento da ação. Começou por rejeitar uma importante preliminar de impossibilidade jurídica do pedido apresentada pela Advocacia-Geral da União e pelo Senado Federal, que apontaram como óbice o precedente contido na ADIn 1822, relator ministro Moreira Alves, na qual os mesmos dispositivos haviam sido impugnados. Naquela ocasião, o Supremo dissera que

⁷⁴ Trecho da petição inicial do PHS citado no relatório do acórdão da ADIn 4430.

[...] a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.⁷⁵

Afastando-se desta postura mais contida, o ministro Toffoli considerou, em 2012, que

[...] a despeito de o pedido estampado na presente ação [ADIn 4430] se assemelhar com o contido na ação anterior [ADIn 1822], voltado à adoção de tratamento igualitário entre os diversos partidos políticos na distribuição do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, na **atual dimensão da jurisdição constitucional**, a solução ali apontada não mais guarda sintonia com o papel de tutela da Lei Fundamental exercido por esta Corte.⁷⁶ [Grifo nosso].

De fato, tudo faz parecer que é diversa a “*atual dimensão da jurisdição constitucional*”. A decisão do STF nestas ADIns 4430 e 4795, no que aqui pertine, foi por declarar que os partidos políticos, mesmo sem representação na Câmara dos Deputados, deveriam ter acesso à divisão igualitária do 1/3 do tempo total destinado às agremiações (inc. I do § 2º do Art. 47 da Lei 9504/97). Julgou, por outro lado, constitucional a proporcionalidade da divisão dos 2/3 do tempo total (inc. II do mesmo § 2º) entre os partidos que detivessem representação, sendo improcedente, portanto, a ação neste ponto. Concluiu, ainda, o relator, dizendo que reputa

⁷⁵ Emenda da ADIn 1822, DJ 10/12/99.

⁷⁶ Não sem protestos. No mesmo julgamento, a ministra Cármen Lúcia, por exemplo, disse: “*Abro parênteses para assinalar concordar com o que o Ministro Toffoli acaba de relevar, ou seja, várias vezes aqui, nós temos discutido isso e avançado muito mais do que prevalecia nessa época, mas não a ponto de substituir aquela conclusão.*” (Ela referia-se à conclusão do ministro Moreira Alves no julgamento da ADIn 1822 sobre a impossibilidade de o Supremo avocar-se em legislador positivo). Também o ministro Marco Aurélio: “[...] *Porque, no caso, se chegarmos à conclusão de que não cabe a dualidade na distribuição do tempo, a distribuição igualitária quanto a um terço e a proporcional à representatividade em uma das casas do Congresso, a Câmara dos Deputados, de dois terços, atuaremos como legisladores positivos. Evidentemente, não somos legisladores positivos. Há de guardar-se a autonomia e independência dos Poderes, cada qual atuando em sua área. Na ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo atua como legislador negativo. Podemos prolatar uma decisão constitutiva, declaratória negativa, fulminando o preceito, mas não chegando a um resultado que implicará nova normatização da matéria.*” Um pouco mais direto foi o ministro Joaquim Barbosa: “*Voto pela improcedência total da ação. Eu não recebi delegação do povo brasileiro para reescrever uma lei tão importante como essa, sobretudo uma lei que está em vigor há quinze anos, que vem regendo as eleições há quinze anos.*”

[...] constitucional a interpretação que reconhece aos partidos criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados o direito à devida proporcionalidade na divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão prevista no inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, devendo-se considerar, para tanto, a representação dos deputados federais que, embora eleitos por outros partidos, migrarem direta e legitimamente para a novel legenda na sua criação.

Com isso, o STF permitiu que os deputados fundadores de partidos novos carreassem às nascentes agremiações, desde a fundação destas, a representatividade de seus mandatos no que tange ao tempo de rádio e tv gratuitos e acesso ao fundo partidário (este último não foi objeto da ação, mas a razão para impossibilidade de exclusão que restou vitoriosa também acabou por habilitar os novos partidos a demandar uma proporção do fundo partidário que considere o cômputo de seus deputados-fundadores – o que de fato ocorreu).

A própria ADIn 4795 pode ser considerada uma reação do Congresso à postulação do recém criado PSD, que buscava, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, acesso aos recursos do fundo partidário. Nada menos do que sete partidos (DEM, PMDB, PSDB, PR, PPS, PP e PTB), cuja soma das bancadas perfazia, à época, mais da metade dos deputados da Câmara, são autores desta ação, que foi, como dito, julgada improcedente no mesmo ato em que deferidos pedidos da ADIn 4430. Contudo, como foi uma reação “ineficaz”, os parlamentares voltaram à carga.

Pouco mais de dois meses após o julgamento, em 19 de setembro de 2012, os deputados Edinho Araújo (PMDB/SP), Rubens Bueno (PPS/PR), Bruno Araújo (PSDB/PE), Jilmar Tatto (PT/SP), Henrique Eduardo Alves (PMDB/RN) – este, futuro presidente da Câmara –, Antonio Bulhões (PRB/SP), Arthur Lira (PP/AL), André Figueiredo (PDT/CE), Lincoln Portela (PR/MG) e Givaldo Carimbão (PSB/AL) protocolaram projeto de lei (PL 4470/2012), que visava a alterar a Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos) e a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições). O projeto previa que, para efeito da distribuição dos recursos do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, seriam somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (Art. 29, § 6º, da

Lei nº 9.096/1995). Estabelecia que 95% do total do Fundo Partidário seriam distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Definia que, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e dos horários reservados à propaganda eleitoral, seriam desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º, do Art. 29, da Lei 9.096/1995 (hipótese de fusão ou incorporação de partidos – excluído, portanto, o caso de criação de partido novo).

Esta reação foi um pouco mais eficaz, mas não sem disputas. Já aprovado na Câmara dos Deputados e tramitando no Senado com a alcunha de PLC 14/2013, o Projeto da Portabilidade Eleitoral (como foi apelidado oficialmente na Câmara Alta) foi questionado junto ao STF pelo senador Rodrigo Rollemberg. Em seu mandado de segurança, de número 32033, o senador pediu – e teve deferida pelo relator, ministro Gilmar Mendes, em 24 de abril de 2013, a liminar que suspendeu a tramitação do PLC 14/2013. Quanto aos fundamentos, o magistrado considerou que tratava-se de projeto de lei casuísta (porque destinado, supostamente, a dificultar a criação de determinados partidos), que afrontava decisão recente do próprio STF (o que, segundo a jurisprudência que citou, não seria aceito pelo tribunal, que perfilava-se por rechaçar a superação legislativa de jurisprudência) e, por fim, disse que diante da *“[...] excepcionalidade do presente caso, confirmada pela extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional”* seria adequada a suspensão da tramitação até decisão final de plenário.

A reação dos parlamentares foi imediata, já no dia seguinte à liminar de Mendes. A imprensa assim a relatou:

Em uma dura resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de suspender o projeto que inibe a criação de novos partidos, os presidentes da Câmara, Henrique Eduardo Alves (PMDB-RN), e do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), acusaram ontem o Judiciário de “intromissão” no Poder Legislativo. [...]

Renan disse que há uma “crise” entre os dois Poderes e anunciou que o Congresso vai recorrer contra a decisão.

“Da mesma forma que nós nunca influenciámos em decisões do Judiciário, nós não aceitámos que o Judiciário influa nas decisões do Legislativo. Nós considerámos isso uma invasão e vamos entrar com agravo regimental que é, sobretudo, para dar ao Supremo oportunidade para fazer uma revisão dos seus excessos”, afirmou Renan.

No mesmo tom, Henrique Alves afirmou que o Congresso não aceita “essa intromissão” do Judiciário e vai reagir contra medidas arbitrárias tomadas por um outro poder.

“Não aceitámos essa intromissão em nossa competência. Esta Casa não interfere na maneira de votar dos ministros, dos senhores do Supremo. Também não concordámos que interfiram aqui no nosso processo correto, constitucional e regimental de prestar os nossos votos”, afirmou Alves.⁷⁷

A decisão de plenário do Supremo veio com certa celeridade para os padrões normais, e parece ter levado em consideração as duras manifestações dos presidentes do legislativo. Em 20 de junho de 2013, o tribunal, por sete votos a três, denegou o mandado de segurança 32033 e liberou, com isso, a tramitação do projeto de lei. Baseou-se na premissa de que o judiciário não está habilitado a realizar controle prévio de constitucionalidade material de normas jurídicas em processo de formação. Nesse sentido, balanceando a tese consolidada no Supremo sobre a impossibilidade de controle prévio de constitucionalidade de projetos de lei com a (provável) convicção de que, no mérito, aquele PLC afrontava o julgamento do tribunal, o ministro Teori Zavaski (redator para o acórdão) assim concluiu a ementa:

[...] Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

Seria mais visionária a suposição final do redator não fosse a previsibilidade do desfecho do caso em tela. Em 08 de outubro de 2013, o PLC

⁷⁷ Reportagem da Gazeta do Povo de 25/04/2013, disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/congresso-e-supremo-elevam-tensao-egyoh2hbzdl7d753w7b9dvpe6>, acesso em 11/11/2015.

14/2013 é aprovado, sem emendas, pelo Senado e vai à sanção presidencial. Em 30 de outubro a presidente da República promulga a Lei nº 12.875, que veicula, na íntegra, o conteúdo do projeto votado pelo parlamento.

Em 31 de março de 2014, o partido Solidariedade protocola no STF ação direta de inconstitucionalidade, que recebeu o número 5105, pela qual visava a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.875/2013. Objetivamente, esta lei, no que aqui interessa, alterou o Art. 41-A da Lei dos Partidos, para prever que 5% do fundo partidário será rateado entre todas as agremiações e os demais 95% em razões proporcionais aos votos obtidos por cada legenda na última eleição à Câmara dos Deputados. Alguém dirá que já era assim antes, mas não se perceber que houve, também, o acréscimo de um parágrafo único ao Art. 41-A, que afirma que, quanto aos 95%, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses (inclusive a criação de partido novo e exclusive, apenas, as hipóteses de fusão e incorporação).

Além disso, a Lei nº 12.875 alterou a Lei das Eleições (naqueles dispositivos que haviam sido interpretados pelo STF na ADIn 4330). Aqui o que o Congresso fez foi modificar o § 2º do Art. 47, dando-lhe a exata redação que exsurgiu do julgamento do Supremo (ou seja: “§ 2º *Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:*”), o que retirou, de vez, do ordenamento jurídico, o requisito de representação parlamentar na Câmara dos Deputados para exercício do direito de antena. Porém, fez muito mais. Deu a seguinte dicção aos incisos deste § 2º:

I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram;

II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

Na prática, assim construídos, os dispositivos reduziam de 1/3 para 1/9 o tempo de acesso gratuito a rádio e tv dos partidos sem representação parlamentar, o que poderia ser um problema, dada a defesa eloquente que fez o ministro Dias Toffoli, na relatoria da ADIn 4330, acerca da importância dos partidos sem representação terem acesso ao direito de antena. Mas o que realmente movimentou os ânimos foi a inclusão do § 7 no Art. 47 da Lei das Eleições, que fez o mesmo com o direito de antena que já havia feito, com o fundo partidário, o novo parágrafo único do Art. 41-A da Lei dos Partidos, ou seja: vetou que as mudanças de filiação partidária fossem consideradas para os fins de contagem da representação parlamentar, o que redundava em desincentivar a criação de novos partidos.

O ministro Luiz Fux, relator da ADIn 5105, após tratar da possibilidade de, em tese, haver a superação legislativa de jurisprudência (que considera diálogo institucional), inicia o exame de mérito de seu voto afirmando que

Ao editar a Lei nº 12.875/2013, o Congresso Nacional, como dito, procurou superar o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.430 e 4.795, rel. Min. Dias Toffoli. Todavia, a análise da justificação do PL nº 4.470/2012 revela a inaptidão dos fundamentos ali expendidos para legitimar a reversão da interpretação fixada pelo Tribunal.

Este voto foi proferido e aprovado, por escassa maioria de seis votos contra cinco, no dia 1º de outubro de 2015, declarando-se inconstitucionais, assim, os artigos 1º e 2º da Lei nº 12.875/2013 (na prática, toda a lei, já que o Art. 3º era apenas a cláusula de vigência).

O caso torna-se cômico, senão trágico, todavia. É que parte da redação da Lei das Eleições e da Lei dos Partidos que havia sido dada pela Lei nº 12.875/2013 não mais vigia quando da declaração de inconstitucionalidade! De fato, em 24 de março de 2015, por meio da Lei nº 13.107, deram-se novas redações ao parágrafo único do Art. 41-A da Lei dos Partidos e ao § 7º do Art. 47 da Lei das Eleições. Mais ainda, em 29 de setembro de 2015 (dois dias antes do julgamento da ADIn 5105), foi promulgada a Lei nº 13.165, que alterou novamente a Lei das Eleições e a Lei dos Partidos. Quanto ao § 2º do Art. 47 da primeira, dispôs que

§ 2º

I - 90% (noventa por cento) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerados, no caso de coligação para eleições majoritárias, o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos que a integrem e, nos casos de coligações para eleições proporcionais, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integrem;

II - 10% (dez por cento) distribuídos igualmente.

Como se vê, novamente foi alterado o critério de distribuição do tempo de rádio e tv gratuitos, reduzindo ainda mais a participação das legendas sem representação parlamentar (era uma fração ideal proporcional de 1/9 do total de tempo disponível, pela Lei nº 12.875/2013, e agora foi para 1/10). Não obstante, também se conclui que o Supremo julgou inconstitucional texto que não existia mais na data do julgamento. E, afóra a perplexidade que isso gera, há ainda outros problemas. Por exemplo, a Lei nº 13.165/2015, como visto acima, manteve a redação do § 2º do Art. 47 da Lei das Eleições vigente na data da sua promulgação (29 de setembro). Mas, como em 1º de outubro o STF declarou a Lei nº 12.875/2013 inconstitucional e era ela quem conferia a redação ao § 2º debatido, então segue-se que, em tese, hoje (12/11/2015), temos dois incisos vigendo, sem o seu parágrafo-mãe, no Art. 47 da Lei das Eleições, o que é um *non sense* jurídico.

Algo semelhante ocorre com o Art. 41-A da Lei dos Partidos, na medida em que a Lei nº 13.165/2015 alterou o inc. I deste dispositivo, mas manteve as redações do *caput* e do inc. II. Com a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.875/2013 posteriormente, foram invalidados o *caput* e o inc. II deste Art. 41-A que hoje vige, s.m.j., somente com um inc. I que diz: “I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que atendam aos requisitos constitucionais de acesso aos recursos do Fundo Partidário; e”, algo que não faz nenhum sentido se destacado de seu contexto, como está.

Faltou, por certo, ao STF, a capacidade institucional de abarcar uma eventual perda de objeto da ADIn 5105 ou, pelo menos, uma necessidade de adequação de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos novos dispositivos incluídos pelas Leis nºs 13.107 e 13.165. O que resta claro, por fim,

é que a divergência ainda terá novos capítulos e que a interpretação da Constituição, notadamente acerca da liberdade (material) de criação e manutenção de novos partidos, tal como prevista no Art. 17 da CF/88, é assaz controversa e tende a opor, em posições contrárias e veementemente defendidas, Congresso e STF.

1.2.3 Financiamento das campanhas eleitorais

Em 05 de setembro de 2011, a Ordem dos Advogados do Brasil protocolou no STF ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 4650). No próprio dizer do relator, ministro Luiz Fux:

[...] postula o Requerente a **modificação do marco normativo vigente**, com o propósito de impedir que as desigualdades econômicas existentes na sociedade convertam-se, agora de forma institucionalizada, em desigualdade política. [...] Como visto, a temática versada nesta ação **reclama análise que ultrapassa os limites do estritamente jurídico**, vez que demanda para o seu deslinde abordagem interdisciplinar da matéria, atenta às nuances dos fatores econômicos na dinâmica do processo eleitoral e às repercussões práticas deste modelo normativo de financiamento das campanhas em vigor para o adequado funcionamento das instituições democráticas. [Grifos nossos].⁷⁸

Com esta ação, o Conselho Federal da OAB visava, em suma, ao afastamento da possibilidade de financiamentos de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Em 11 de dezembro de 2013, o relator pautou o julgamento, proferindo voto pela procedência da ação.⁷⁹ Votaram com ele os ministros

⁷⁸ Trecho do despacho de 02/04/2013 na ADIn 4650.

⁷⁹ Nos seguintes termos ementado: “**Decisão:** O Ministro Luiz Fux (Relator) julgou procedente a ação direta para: declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 24 da Lei nº 9.504/97, na parte em que autoriza, a ‘contrario sensu’, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais com eficácia ‘ex tunc’ salvaguardadas as situações concretas consolidadas até o presente momento, e declarar a inconstitucionalidade do art. 24, parágrafo único, e do art. 81, caput e § 1º da Lei nº 9.504/97, também com eficácia ‘ex tunc’ salvaguardadas as situações concretas consolidadas até o presente momento; declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a ‘contrario sensu’, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e declarar a inconstitucionalidade das expressões ‘ou pessoa jurídica’, constante no art. 38, inciso III, e ‘e jurídicas’, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95, com eficácia ex tunc salvaguardadas as situações concretas consolidadas até o presente momento; declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 23, §

Joaquim Barbosa, Dias Toffoli e Barroso. Pediu vista o ministro Teori Zavascki. Ele foi célere e trouxe seu voto-vista em sessão de 02 de abril de 2014, em que julgava improcedente a ação. Na sequência, votou com o relator o ministro Ricardo Lewandowski e deu parcial procedência o ministro Marco Aurélio. Então pediu vista o ministro Gilmar Mendes.

Este, provavelmente, foi o pedido de vista mais notório da história do Supremo⁸⁰ (ainda que não o que por mais tempo reteve o julgamento). Com o avançar de 2015, a pressão pública da OAB, os debates no país sobre a corrupção e sua origem no financiamento de campanhas eleitorais e, sobretudo, com o fato de que já havia maioria firmada no STF pela proibição das doações de empresas aos políticos, a situação do ministro foi se tornando difícil.

A sociedade civil, então, lançou a campanha “Devolve, Gilmar!”,⁸¹ em alusão à demanda para que o ministro devolvesse o seu voto-vista em plenário. O magistrado sofreu atos públicos, como o ocorrido na saída de um evento, na

1º, I e II, da Lei nº 9.504/97, e do art. 39, § 5º, da Lei nº 9.096/95, com exceção da expressão ‘e jurídicas’, devidamente examinada no tópico relativo à doação por pessoas jurídicas, com a manutenção da eficácia dos aludidos preceitos pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses; e para recomendar ao Congresso Nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dentro do prazo razoável de 24 (vinte e quatro) meses, tomando os seguintes parâmetros: a) o limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral ou a partidos políticos por pessoa natural, deve ser uniforme e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nas eleições; b) idêntica orientação deve nortear a atividade legiferante na regulamentação para o uso de recursos próprios pelos candidatos, e c) em caso de não elaboração da norma pelo Congresso Nacional, no prazo de 18 (dezoito) meses, outorgar ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a competência para regular, em bases excepcionais, a matéria. [...]”

⁸⁰ Gilmar Mendes mesmo disse que “[...] Esse tema virou como se fosse o único pedido de vista existente no Supremo Tribunal Federal. Mas nós temos pedidos de vista que não voltaram desde 1998. É um problema de organização e coisas do tipo.” Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/02/1594134-reforma-politica-cabe-ao-congresso-e-nao-ao-judiciario-diz-gilmar-mendes.shtml>, acesso em 12/11/2015.

⁸¹ Uma página criada na rede social Facebook dizia: “Este é um evento virtual. É importante confirmar presença. O evento começou em novembro/2014 e só terminará quando o ministro Gilmar Mendes devolver a ação que proíbe doações de empresas para campanhas eleitorais e partidos políticos. Há 11 MESES o STF estava julgando a ADI 4.650, uma Ação de Inconstitucionalidade proposta pela OAB que pede o fim do financiamento empresarial de campanhas, e a maioria de 6 x 1 decidiu que empresas não podem doar, porque isso fere cláusulas pétreas da Constituição. O resultado não foi homologado porque o ministro pediu vista do processo e até hoje não o devolveu. Se não fosse essa interrupção do julgamento, as empresas talvez não tivessem comprado as eleições de 2014 por 3 BILHÕES de reais, os políticos eleitos estariam mais comprometidos com os interesses populares e menos sujeitos a praticarem atos de corrupção para favorecerem as empresas que os elegeram. #DevolveGilmar” (Disponível em <https://www.facebook.com/events/877783602261805/>, acesso em 12/11/2015).

Universidade Federal da Bahia, em que centenas de manifestantes cantaram “parabéns a você” em referência ao aniversário do pedido de vista, constringendo o ministro.⁸² Movimentos sociais protestaram em frente ao Supremo⁸³ e o “Devolve Gilmar!” ganhou espaço nas redes sociais.⁸⁴ Sua atitude foi considerada verdadeiro exercício de um “poder individual de veto” à deliberação da corte.⁸⁵ Até Propostas de Emenda à Constituição exsurgiram do caso.⁸⁶

Gilmar Mendes afirmou, quando perguntado sobre a devolução do pedido de vista:

Eu acho que o Congresso é que tem que decidir. Aqui [no legislativo] é que é o *locus* para decidir essa matéria. Não podemos falar em financiamento público ou privado sem saber qual é o modelo eleitoral, se vai ser modelo majoritário, proporcional, em lista. Nós precisamos definir. Isso não é competência do Supremo, isso é competência do Congresso. E por isso que o *locus* é o Congresso. Vivo propondo, no STF, que a gente calce as sandálias da humildade. Também eu não acho que poderia agora fazer recomendações ao Senado [sobre a reforma]. Eu acho inclusive que a gente tem no Brasil o privilégio de ter uma boa classe política, no sentido de ter gente muito hábil, competente para construir soluções, sair de

⁸² O vídeo que mostra a manifestação está disponível em https://www.youtube.com/watch?v=fBT_hH8_UU, acesso em 12/11/2015. “Para eles, o pedido de vistas de Mendes é uma ‘ação articulada com os setores conservadores do Congresso Nacional, liderados pelo deputado Eduardo Cunha’ (PMDB-RJ), até que seja aprovada uma PEC (Projeto de Emenda Constitucional) que autoriza o financiamento de empresas às campanhas eleitorais.” Disponível em <http://m.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1617369-mendes-fala-em-humildade-para-stf-e-que-financiamento-cabe-ao-congresso.shtml?mobile>, acesso em 12/11/2015.

⁸³ Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Movimentos-protestam-em-frente-ao-STF-u218Devolve-Gilmar-u219/4/33176>, acesso em 12/11/2015.

⁸⁴ Disponível em <http://www.brasildefato.com.br/node/31679>, acesso em 12/11/2015.

⁸⁵ Ver artigo dos professores Diego Werneck Arguelhes e Ivar A. Hartmann, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/04/1616685-diego-werneck-arguelhes-e-ivar-a-hartmann-pedido-de-vista-e-poder-de-veto.shtml>, acesso em 12/11/2015.

⁸⁶ São a PEC 59/2015, que acrescenta o § 4º ao art. 102 da Constituição Federal, para estabelecer a reinclusão automática em pauta dos processos que especifica, um ano após o pedido de vista pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e a PEC 53/2015, que acrescenta inciso ao art. 93 da Constituição Federal, para fixar prazo de vista nos processos em trâmite nos tribunais. A justificação da PEC 59/2015, do deputado Arnaldo Jordy (PPS/PA) é bastante explícita: “No último dia 02 de abril fez um ano que o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, pediu vista no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questiona dispositivos da legislação que disciplina o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais (Leis nº 9.096/1995 e nº 9.504/1997). Com o pedido de vista, foi suspenso o julgamento de uma ação de singular importância para a democracia brasileira, pois nela está sendo questionada a constitucionalidade da doação de empresas para partidos políticos e candidatos. [...]”

situações embaraçosas. O Senado e a Câmara saberão como encaminhar isso [reforma política], o que é viável para realmente termos uma reforma adequada.⁸⁷

Disse, ainda, que “*não fica impressionado com ataques com ‘bateção de lata’ e de ‘blogs de aluguel’*”.

Eu sou blindado. Não estou preocupado com a opinião pública. O Tribunal não servirá de nada se não tiver um juiz que tenha coragem de dar um *habeas corpus*, de pedir vista. É preciso que tenha um juiz que tenha coragem de pedir vista.⁸⁸

Ou seja, é fato assumido que o pedido de vista fora feito para aguardar a deliberação do Congresso, e não para que o ministro solicitante pudesse refletir melhor sobre o tema e sua posição pessoal. Corta para o Congresso.

O presidente da Câmara dos Deputados em 2015, Eduardo Cunha, é um declarado partidário do financiamento privado de campanhas eleitorais.⁸⁹ Sabendo do julgamento da ADIn 4650, no STF, ele operou em duas frentes para buscar manter o patrocínio das empresas: atuou para a aprovação do projeto de lei da chamada “Mini-Reforma Eleitoral”, com dispositivo que garantia este propósito, e trabalhou abertamente pela aprovação da Proposta de Emenda que incluiria na Constituição o direito aos recursos empresariais para os partidos, alterando o próprio parâmetro de controle do Supremo na ADIn.

A Mini-Reforma foi veiculada pelo PL nº 5735/2013, na Câmara dos Deputados. O Projeto foi aprovado, no plenário, no dia 14 de julho de 2015 e enviado ao Senado. Na Câmara Alta, os senadores decidiram, em 02 de setembro, acabar com o financiamento empresarial, seja para partidos, seja para candidatos. Com esta e outras mudanças, o PL retornou à Câmara. Contrariando o Senado, foi feita a vontade do deputado Eduardo Cunha, que

⁸⁷ Manifestações proferidas, em 16 de abril de 2015, em palestra no Instituto Legislativo Brasileiro (órgão do Senado). Disponível em <http://m.folha.uol.com.br/poder/2015/04/1617369-mendes-fala-em-humildade-para-stf-e-que-financiamento-cabe-ao-congresso.shtml?mobile>, acesso em 12/11/2015.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Dizia em sua campanha à Presidência da Câmara, em janeiro de 2015, que: “*Discordo da decisão que o financiamento privado seja ilegal. Se é inconstitucional ou ilegal, todo mundo aqui se elegeu na ilegalidade.*” (“Cunha defende financiamento privado de campanha eleitoral”, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/01/1580513-cunha-defende-financiamento-privado-de-campanha-eleitoral.shtml>, acesso em 13/11/2015.

havia assegurado, quando noticiada a posição do Senado, que a Casa que presidia restabeleceria o texto, reincluindo o financiamento de empresas.⁹⁰ Realmente, o Projeto revisado pelos senadores retornou à Câmara em 08 de setembro e foi votado no dia seguinte. Os deputados restauraram a doação de empresas aos partidos e assim foi o PL à sanção presidencial.⁹¹ Voltemos ao Supremo.

Em 16 de setembro, no meio do prazo de quinze dias para a sanção ou veto ao PL 5735/2013, o ministro Gilmar Mendes devolve o pedido de vista e o julgamento é pautado na corte. Em seu voto, o magistrado utilizou-se de palavras fortes contra o Partido dos Trabalhadores e a Ordem dos Advogados do Brasil. Do primeiro, afirmou, por exemplo, que

E é nessa quadra da história, com o alforje cheio, que o Partido dos Trabalhadores defende a vedação, ou ao menos a expressiva restrição, do financiamento privado de campanha. É impossível acreditar que o Partido que mais se beneficiou de doações privadas, legais ou não, nos últimos anos, tenha agora se convertido a uma posição contrária a qualquer espécie particular na política eleitoral.

A virada moralizadora por parte daqueles que, até o momento, fizeram do deixar-se corromper uma forma de vida é um embuste. É ingênuo crer que a corrupção cessaria pela proibição do financiamento privado. Os fatos revelados na CPI do caso PC Farias provam que o dinheiro encontra caminhos. [...]

Estamos falando do partido que conseguiu se financiar a ponto de chegar ao poder; uma vez no Governo, passou a manter esquema permanente de fluxo de verbas públicas para o partido, por meio de propinas e *pixulecos* de variados matizes; e, após chegar ao poder e a partir dele abastecer, de modo nunca antes visto na história do país, o caixa do partido, busca-se fechar as portas da competição eleitoral, sufocando os meios de financiamento dos concorrentes.

E sobre a conduta da OAB manifestou:

O que houve, portanto, foi a absorção de um projeto de poder, defendido por um partido que já se confundia com o Estado brasileiro, por parte da sociedade civil organizada, no

⁹⁰ Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,camara-restabelecera-financiamento-privado-na-reforma-politica--diz-cunha,1755917>, acesso em 12/11/2015.

⁹¹ Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/camara-aprova-texto-que-restabelece-doacao-de-empresas-partidos.html>, acesso em 12/11/2015.

caso pela OAB. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil adotou a proposta e a apresentou ao Supremo Tribunal Federal. [...]

Essa visão autoritária e que pretendia ceifar a concorrência democrática no Brasil, oriunda de um partido político, foi, então, encampada como posição defendida pela sociedade brasileira. E isso foi feito por meio da manipulação da OAB, uma instituição tradicional no Brasil e que conta em seu currículo com grandes serviços prestados ao país.

Ao final do julgamento, um advogado pediu a palavra e o presidente do STF, Ricardo Lewandowski concedeu. Contrariado, Gilmar Mendes saiu do plenário dizendo *“Eu sou ministro da corte e advogado é advogado”*, e recusou-se a ouvir os argumentos do causídico em defesa da OAB.

As reações à posição de Mendes foram imediatas. O deputado federal e ex-presidente da OAB/RJ, Wadiah Damous (PT/RJ), disse que *“Gilmar Mendes é uma ameaça à democracia”*, que *“[d]urante 5 torturantes horas, o ministro Gilmar Mendes despiu-se da sua toga de magistrado e se investiu do papel de militante partidário. O que se viu ontem lá não foi a atuação de um magistrado, não foi a atuação de um membro da corte constitucional”* e que *“[h]á elementos para se pedir o impeachment do ministro Gilmar Mendes, não por uma razão específica, mas pelo conjunto da obra.”*⁹²

A Ordem dos Advogados retorquiu (como já mencionado na nota de rodapé nº 5): *“O ato de abandono do plenário, por grotesco e deselegante, esse se revelou mais um espasmo autoritário de juízes que simbolizam um Poder Judiciário desconectado da democracia, perfil que nossa população, definitivamente, não tolera mais.”* Diz outro trecho da nota:

Não mais é tolerável o tempo do poder absoluto dos juízes. Não mais é aceitável a postura intolerante, símbolo de um Judiciário arcaico, que os ventos da democracia varreram. Os tempos são outros e a voz altiva da advocacia brasileira, que nunca se calou, não será sequer tisonada pela ação de um magistrado que não se fez digno de seu ofício.

⁹² Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Deputados-discutem-pedido-de-impeachment-de-Gilmar-Mendes/4/34527>, acesso em 12/11/2015.

Ainda em junho, o presidente da OAB Marcus Vinicius Coêlho já havia rebatido afirmação de Mendes, que dissera, numa entrevista, que a entidade havia sido “laranja do PT” nesta ADIn 4650. Marcus Vinicius protestou:

Essa afirmação descabida e desrespeitosa não está à altura da liturgia e educação que se aguarda de um dos membros do STF. [...] Com a declaração o ministro atinge não somente a OAB, mas também os seis ministros do Supremo que votaram a favor da ação que discute o financiamento de empresas nas eleições. Seriam os seis ministros laranjas?⁹³⁻⁹⁴

A despeito das manifestações do ministro (e das respostas que recebeu), o STF julgou, em 17 de setembro de 2015, procedente em parte a ação, nos termos do voto do relator Luiz Fux, em placar de oito contra três (somou-se, aos ministros Teori e Mendes, o ministro Celso de Mello), considerando inconstitucionais as doações de empresas às campanhas eleitorais. Essa decisão do tribunal, a propósito, não tem nenhuma vocação contramajoritária, pois, segundo pesquisa do Instituto Datafolha, 74% dos brasileiros, em 2015, eram contra o financiamento empresarial de campanhas eleitorais.⁹⁵

No mesmo dia, o presidente da Câmara criticou a decisão.⁹⁶ Afirmou que o Congresso poderia fazer frente à posição do STF por meio de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 182/2007), já em tramitação, aprovada pela Câmara dos Deputados em 12 de agosto de 2015⁹⁷ e então sob análise do

⁹³ Disponível em <http://www.oabse.org.br/3185/oab-sergipe-repudia-ataques-de-gilmar-mendes.html>, acesso em 12/11/2015.

⁹⁴ “O Colégio de Presidentes das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil também divulgou nota contra Gilmar Mendes. Em nota, os advogados lamentaram a tentativa de Mendes de ‘desqualificação de instituições como estratégia para se vencer um debate de argumentos’. O texto diz que a ‘sociedade aguarda do ministro Gilmar Mendes é o seu voto no julgamento que discute o financiamento de empresas nas eleições’.” (Disponível em <http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2015/06/03/gilmar-chama-oab-de-laranja-do-pt>, acesso em 12/11/2015).

⁹⁵ Conforme divulgação de 06 de julho de 2015, por exemplo, em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/07/06/internas_polbraeco,489194/74-dos-brasileiros-sao-contra-financiamento-empresarial-diz-datafolha.shtml, acesso em 13/11/2015.

⁹⁶ Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/cunha-critica-decisao-do-stf-sobre-doacao-e-diz-que-pec-pode-reverter.html>, acesso em 12/11/2015.

⁹⁷ O processo de aprovação da PEC 182/2007 na Câmara dos Deputados é um caso à parte. Deputados impetraram mandado de segurança no STF (tombado sob o nº 33630), acusando o presidente Eduardo Cunha de ter infringido a Constituição quando do processo de aprovação da PEC no plenário da Casa. Como resumiu a ministra Rosa Weber, relatora, em sua decisão

Senado.⁹⁸ Por meio dela, seria alterada a própria Carta Política, o que, no entender de Cunha, invalidaria o julgamento do Supremo.⁹⁹ No que ora pertine, a PEC acrescentaria os seguintes §§ 5º e 6º ao Art. 17 da CF/88:

§ 5º É permitido aos partidos políticos receber doações de recursos financeiros ou de bens estimáveis em dinheiro de pessoas físicas ou jurídicas.

§ 6º É permitido aos candidatos receber doações de recursos financeiros ou de bens estimáveis em dinheiro de pessoas físicas.

Não obstante a ideia de mudar a Constituição, ainda apostando em todas as hipóteses para garantir o financiamento empresarial, Eduardo Cunha foi à carga e pressionou a presidente da República a sancionar o PL nº 5735/2013, apesar da posição do STF. Ele afirmou que um veto ao dispositivo sobre o financiamento seria uma interferência na autonomia do Congresso Nacional:

Não tem acórdão publicado, a matéria não está transitada em julgado [com decisão definitiva] para que o governo use um julgamento que não conhece o teor do

da liminar solicitada: “Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Adalberto Galvão e outros sessenta Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Consentino da Cunha, ao colocar em votação, em 27.5.2015, a Emenda Aglutinativa nº 28 à Proposta de Emenda Constitucional nº 182/2007, não obstante a rejeição, pelo Plenário, no dia anterior, da Emenda Aglutinativa de nº 22, ambas relativas à constitucionalização do financiamento privado de campanhas políticas.” O pedido liminar era para suspender a tramitação da PEC e, no mérito, queriam os impetrantes o arquivamento da Proposta. A ministra relatora indeferiu a tutela de urgência, mas o mandado aguarda o processamento ordinário para ser julgado pelo plenário do Supremo, *sine die*. *Ad argumentandum tantum*, mesmo após eventual aprovação da PEC pelo Senado e consequente promulgação, deferimento da ordem neste mandado teria o condão de invalidar a Emenda Constitucional, o que poderá ser um considerável ponto de preocupação dos senadores quando vierem a apreciar a Proposta.

⁹⁸ Segundo Cunha, PEC seria “acelerada” em função do julgamento do STF (disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/496374-PROIBICAO-DO-STF-PARA-FINANCIAMENTO-PRIVADO-ACELERA-PEC-DA-REFORMA-POLITICA,-DIZ-CUNHA.html>, acesso em 13/11/2015).

⁹⁹ O líder da minoria na Câmara dos Deputados, deputado Bruno Araújo (PSDB-PE), afirmou que “[o]u o Congresso assume uma posição definitiva através de emenda à Constituição ou vai valer, em última análise, a decisão da Suprema Corte”, numa clara defesa de que isso não ocorresse (trecho da reportagem “Proibição do STF para financiamento privado acelera PEC da Reforma Política, diz Cunha”, de 17/09/2015, disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/496374-PROIBICAO-DO-STF-PARA-FINANCIAMENTO-PRIVADO-ACELERA-PEC-DA-REFORMA-POLITICA,-DIZ-CUNHA.html>, acesso em 07/12/2015).

acórdão para poder vetar. Se o governo vetar a lei eleitoral vai ser uma interferência do Poder Executivo no Legislativo.¹⁰⁰

Não foi ouvido. Em 29 de setembro de 2015, Dilma Roussef vetou o inciso XII e os §§ 2º e 3º do art. 24 da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, inseridos pelo art. 2º do projeto de lei nº 5735/2013. Como razões para o veto, a mandatária lançou:

A possibilidade de doações e contribuições por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, que seriam regulamentadas por esses dispositivos, confrontaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático, como decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 4650/DF), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. O STF determinou, inclusive, que a execução dessa decisão “aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão”, conforme ata da 29ª sessão extraordinária de 17 de setembro de 2015.¹⁰¹

Neste mesmo dia 29 de setembro, o deputado Eduardo Cunha entrou em conflito com o presidente do Senado, Renan Calheiros, novamente em função do tema do financiamento empresarial de campanhas eleitorais. A disputa se deu em razão da realização de uma sessão conjunta do Congresso Nacional (que precisa da comunhão de vontades das duas Casas Legislativas), que o presidente da Câmara só aceitava fazer se o senador Calheiros colocasse em pauta, no dia seguinte (30 de setembro), o veto presidencial recém lançado sobre o financiamento eleitoral. O presidente do Congresso rejeitou a ideia, dizendo que:

Há um pedido reiterado do presidente da Câmara no sentido de que esse veto também seja apreciado amanhã [quarta]. É impossível, porque há uma prioridade que é a conclusão da apreciação dos outros vetos. Estes, sim, estão tensionando o Brasil e é preciso resolver isso.¹⁰²

¹⁰⁰ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1684457-cunha-critica-stf-e-pressiona-dilma-a-nao-vetar-financiamento-privado.shtml>, acesso em 12/11/2015.

¹⁰¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-358.htm, acesso em 12/11/2015.

¹⁰² Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1688148-discordia-entre-renan-e-cunha-ameaca-sessao-sobre-financiamento-eleitoral.shtml>, acesso em 13/11/2015.

O veto não foi apreciado até hoje (13/11/2015). A PEC 182/2007, por sua vez, recebeu o número 113/2015 e assim tramita no Senado desde 07 de outubro de 2015. Lembremos que o Senado, na atual composição, rejeitara o financiamento empresarial de campanhas na apreciação do projeto de lei da Mini-Reforma Eleitoral. Provavelmente em razão dessa tendência, não houve acordo no colégio de líderes para a aceleração desta PEC 113/2015, razão pela qual o presidente do Senado “[...] disse que a proposta terá tramitação normal, dentro dos prazos regimentais.”¹⁰³ Ou seja, sem prazo para deliberação.

Outro Capítulo do caso “financiamento eleitoral no Brasil” deu-se em 12 de novembro de 2015, data em que o plenário do STF deferiu liminar na ADIn 5394, suspendendo a norma incluída na Lei da Eleições pela Lei nº 13.165/2015 (Mini-Reforma Eleitoral) que permitira, segundo a OAB, “doações ocultas” a candidatos. Conforme notícia do sítio eletrônico do tribunal:

[...] A ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sob a alegação de que o dispositivo impugnado viola os princípios da transparência, da moralidade e favorece a corrupção, dificultando o rastreamento das doações eleitorais. [...]

Os ministros decidiram pela suspensão da expressão “sem individualização dos doadores”, constante do parágrafo 12 do artigo 28 da Lei Eleitoral, acrescentado pelo artigo 2º da Lei Federal 13.165/2015, que instituiu as chamadas “doações ocultas”, aquelas em que não é possível identificar o vínculo entre doadores e candidatos. A decisão tem eficácia ex tunc, ou seja, desde a sanção da lei.

Em voto pela concessão da liminar, o relator da ADI 5394, ministro Teori Zavascki, entende [...]

“Ao determinar que as doações feitas a candidatos por intermédio de partidos sejam registradas sem a identificação dos doadores originários, a norma institui uma metodologia contábil diversionista, estabelecendo uma verdadeira cortina de fumaça sobre as declarações de campanha e positivando um controle de fantasia. Pior, premia um comportamento elusivo dos participantes do processo eleitoral e dos responsáveis pela administração dos gastos de campanha. Isso atenta contra todo um bloco de princípios constitucionais que estão na medula do sistema democrático de representação popular” [...].¹⁰⁴

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303921>, acesso em 13/11/2015.

A última movimentação sobre o financiamento veio em 18 de novembro de 2015, quando o Congresso Nacional decidiu manter o veto presidencial ao financiamento empresarial de campanhas. Com apenas 220 votos pela derrubada do veto (são necessário 257), 190 pela manutenção e cinco abstenções, a deliberação entre os deputados bastou para sustentar a posição da presidente da República, sendo desnecessária a participação dos senadores. Com isso, fica valendo, por ora, a posição do STF tomada na ADIn 4650.¹⁰⁵

Observou-se, não obstante, um quadro de grande irritabilidade institucional entre o Congresso e o STF em razão desse tema do financiamento eleitoral. Há em aberto a tramitação da PEC 182/2007 (113/2015 no Senado); o mandado de segurança 33630 no STF; além da ADIn 5394. De não olvidar-se, ainda, alguns debates que surgiram sobre a necessidade de modulação de efeitos na ADIn 4650, perquirindo-se da sua aplicação ou não *ex nunc* e afirmando que o julgamento não foi concluído.¹⁰⁶ A disputa em todos esses “capítulos”, novamente, é sobre o sentido de diversos princípios constitucionais de tessitura aberta e sobre qual poder pode aferi-lo por último. E, graças à conjuntura, sequer alguém pode dizer, hoje, ao certo, quais normas regularão o financiamento das campanhas eleitorais municipais, de 2016, no Brasil.

¹⁰⁵ As discussões parlamentares por ocasião da votação do veto, no entanto, não permitem certeza de que o tema restará pacificado: *“Durante a discussão da matéria, parlamentares contrários à volta do financiamento argumentaram que se o veto caísse, a questão ‘fatalmente’ voltaria a ser discutida pelo STF. O deputado Sílvio Costa (PSC-PE), um dos vice-líderes do governo na Câmara, fez um apelo aos colegas para que o veto fosse mantido e que a questão pudesse ser novamente discutida por meio de uma Proposta de Emenda à Constituição. Já o deputado Alessandro Molon (Rede-RJ) afirmou com perplexidade a indicação partidária das siglas que defenderam a sua derrubada mesmo após tantas manifestações institucionais contrárias à medida. Indicaram pela derrubada do veto o PSDB, PMDB, DEM, Solidariedade, Pros, PP, PTB, PSC, PR, PSD, PEN e PRB. Para o deputado Alberto Fraga (DEM-DF), o financiamento público de campanha acabará por tirar recursos de áreas essenciais como a Saúde e Educação. ‘Nós preferimos que o financiamento privado venha com a fiscalização necessária’, disse.”* (trecho da reportagem “Congresso mantém veto a doações de empresas a campanhas”, de 18/11/2015, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1708200-congresso-mantem-veto-a-financiamento-empresarial-de-campanha.shtml>, acesso em 18/11/2015).

¹⁰⁶ *“O presidente do TSE e o vice-presidente do tribunal, Gilmar Mendes, argumentam que o julgamento do STF sobre as doações não foi concluído. Isso porque o tribunal ainda precisa discutir a chamada modulação de efeitos, ou seja, estabelecer a partir de quando uma decisão seria aplicada. Os ministros argumentam que, como não houve quorum mínimo de oito ministros para decidir sobre a modulação, não ficou claro a partir de quando vale a decisão.”* (disponível em <http://m.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1685910-tse-discute-liberar-doacoes-privadas-para-partidos-ate-o-fim-do-ano.shtml>, acesso em 13/11/2015).

1.2.4 Rito do processo de *impeachment*

Ninguém que vivia no Brasil de 2015 ficou alheio aos debates sobre a manutenção do mandato da presidente Dilma Roussef. Parecer sobre as contas do governo exarado pelo Tribunal de Contas da União,¹⁰⁷ julgamento das contas de campanha pelo Tribunal Superior Eleitoral, gastos da Petrobras com refinaria adquirida nos Estados Unidos, recontagem dos votos solicitada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), enfim, diversas são as possíveis causas apontadas para invalidar a eleição presidencial de 2014 e o mandato em transcurso. Alheio-nos do mérito do debate para focar, tão-somente, no rito processual que os pedidos de impedimento da presidente deveriam seguir uma vez protocolados na Câmara dos Deputados.

A Constituição Federal de 1988 assim regula a matéria:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

[...]

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do

¹⁰⁷ Colacione-se, por oportuno, trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, em 19/09/1990: “O processo eleitoral é um sistema: a influência recíproca de seus vários momentos é um dado essencial da caracterização do todo. Por isso, a corrupção da idéia de processo democrático é precisamente o que a nossa crônica política batizou de ‘casuismo’, mecanismo pelo qual os detentores do poder têm abusado da forma da lei para impor mudanças nas regras do jogo, depois, que os fatos da vida política tornam previsível o desfecho, contrário aos seus interesses, a que levaria à observância do procedimento anteriormente definido.” Aqui poderíamos ler “regras do jogo” como sendo as imemoriais práticas de “pedaladas fiscais”, jamais sancionadas judicial ou politicamente. Já o desfecho, “contrário aos seus interesses”, ler-se-ia como a vitória de Dilma Roussef nas eleições de 2014.

Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Como se pode ver, não há detalhamento, na Constituição, acerca do rito a ser seguido quando da denúncia de crimes de responsabilidade do presidente da República. Com vistas a esclarecer uma série de aspectos de como seria esse trâmite, alguns deputados apresentaram, no plenário da Câmara dos Deputados, em 15 de setembro de 2015, a Questão de Ordem nº 105/2015. A mais polêmica das “dúvidas” seria a possibilidade ou não de recurso ao plenário de eventual indeferimento do presidente da Câmara de um pedido de abertura de processo de cassação do mandato presidencial.

A resposta à Questão de Ordem veio com a Decisão da Presidência de 24 de setembro de 2015.¹⁰⁸ Apontando como base interpretativa o Art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e a Lei Federal nº 1.079/1950, o presidente da Câmara respondeu as dezenove “dúvidas” trazidas pelos deputados.

Essa Resposta ensejou diversas manifestações de inconformidade, carreadas, inclusive, em ações junto ao STF. Foram protocolados os mandados de segurança nºs 33837 e 33838 e a reclamação nº 22124, o primeiro sorteado ao relator ministro Teori Zavascki e os dois últimos à ministra Rosa Weber. Nos três casos, o Supremo decidiu, em 13 de outubro de 2015, suspender liminarmente o entendimento do presidente da Câmara sobre o rito a ser seguido em processos de *impeachment*. Zavascki, em sua decisão de urgência, afirmou, por exemplo, que

[...] Embora, à primeira vista, a controvérsia pareça revestir-se de características de simples questão *interna corporis*, o que na realidade subjaz em seu objeto é, pelo menos indiretamente, a tutela de importantes valores de natureza constitucional, notadamente o que diz respeito à higidez das

¹⁰⁸ Cujo conteúdo está disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/int/dpsn/2015/decisaodapresidencia-57009-24-setembro-2015-781585-publicacaooriginal-148202-cd-presi.html>, acesso em 13/11/2015.

normas editadas pela autoridade impetrada sobre procedimentos “*relacionados e à análise de denúncias em desfavor da Presidente da República pela suposta prática de crimes de responsabilidade*”. Questiona-se, com respaldo em respeitáveis fundamentos, o modo e a forma como foi disciplinada essa matéria (por decisão individual do Presidente da Câmara, mediante resposta a questão de ordem), como também a negativa de admissão, por essa autoridade, de meio impugnativo de revisão ou de controle do seu ato por órgão colegiado da Casa Legislativa. São questões cuja estatura constitucional ficam especialmente realçadas pelo disposto no parágrafo único do art. 85 da Constituição Federal, que submete a cláusula de reserva de “*lei especial*” não apenas a definição dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, como também o estabelecimento das correspondentes “*normas de processo e julgamento*”. Ora, em processo de tamanha magnitude institucional, que põe a juízo o mais elevado cargo do Estado e do Governo da Nação, é pressuposto elementar a observância do devido processo legal, formado e desenvolvido à base de um procedimento cuja validade esteja fora de qualquer dúvida de ordem jurídica.

Rosa Weber, em seu despacho no MS 33838, também salientou a natureza constitucional do caso:

Não há como desconsiderar, pelo menos em juízo precário de delibação, a controvérsia como um todo, nos moldes em que posta no mandamus, a ferir tema de inegável relevância e envergadura constitucional.

Na decisão, também liminar, da reclamação 22124, Weber foi um pouco além e determinou

à autoridade reclamada que se abstenha de receber, analisar ou decidir qualquer denúncia ou recurso contra decisão de indeferimento de denúncia de crime de responsabilidade contra Presidente da República com base naquilo em que inovado na resposta à Questão de Ordem 105/2015.

Com base na dicção dessa ordem, o deputado Wadih Damous, um dos impetrantes do MS 33837, chegou a afirmar que

[s]e houver, por parte do presidente da Câmara, Eduardo Cunha, desobediência a decisão judicial, no caso, à ordem da Suprema Corte Brasileira, ele torna-se passível de prisão por desobediência. Eu entendo que a base aliada deveria entrar

com um pedido de prisão, caso – e eu espero e tenho certeza de que não ocorrerá – ocorra a desobediência.¹⁰⁹

Após as decisões, o presidente da Câmara dos Deputados retorquiu que

Isso [decisões] não vai interferir no trabalho. Ao meu papel, cabe deferir ou indeferir, e esse papel não está em questão. O que está tratando ali é de rito futuro; tenho que pensar no rito presente. A prerrogativa da minha decisão é constitucional.¹¹⁰

Em 19 de outubro o deputado Eduardo Cunha apresentou três recursos ao STF, um para cada iniciativa parlamentar acima mencionada. Colhem-se dos textos as seguintes afirmações

Ao impedir o presidente da Câmara dos Deputados de exercer de forma independente suas atribuições, **suspende a vigência da própria Constituição Federal**, ao inviabilizar que a Câmara dos Deputados exerça a competência que lhe é cometida, condicionando-a, inclusive, a futura decisão do Supremo Tribunal Federal. [...]

Se prevalecer a tese dos reclamantes, ainda que eventualmente indubioso o cometimento de crime de responsabilidade por parte da presidente da República, não haverá qualquer possibilidade de punição, diante da suposta ausência de lei específica. Trata-se de tese absolutamente desproporcional, que merece rejeição liminar por esta Suprema Corte. [...]

Não há absolutamente nada de equivocado, ilegal, ilegítimo, inconstitucional no que restou decidido pela Presidência da Câmara dos Deputados.¹¹¹ [Grifo nosso].

Cunha usou ainda, nos recursos, de afirmações fortes, tais como serem as decisões do Supremo *“nítida interferência do Poder Judiciário nos trâmites*

¹⁰⁹ Conforme matéria “PT vai pedir prisão de Cunha se ele abrir processo de impeachment”, de 14 de outubro de 2015, disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/pt-vai-pedir-prisao-de-cunha-se-ele-abrir-processo-de-impeachment/>, acesso em 13/11/2015.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Informações da reportagem “Eduardo Cunha recorre contra suspensão do rito de impeachment”, de 19 de outubro de 2015, disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/cunha-recorre-contrasuspensao-do-rito-de-impeachment-informa-camara.html>, acesso em 13/11/2015, e da reportagem “Em recurso ao STF, Cunha alega interferência do tribunal no Congresso”, de 19 de outubro de 2015, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1695922-em-recurso-ao-stf-cunha-alega-interferencia-do-tribunal-no-congresso.shtml>, acesso em 20/10/2015.

*internos do Poder Legislativo”, “flagrante violação ao princípio da separação dos poderes” e “patente ofensiva às prerrogativas do Poder Legislativo.”*¹¹²

Para surpresa de muitos, dada sua reação às liminares, o presidente da Câmara resolveu, em 29 de outubro de 2015, desistir do rito do *impeachment* que havia sido por ele estabelecido na Decisão da Presidência à Questão de Ordem nº 105/2015. O objetivo, com isso, seria desobstruir a possibilidade de decisão monocrática sua sobre o recebimento das representações contra a presidente da República.¹¹³ Nesta ocasião, ele afirmou:

Volta a interpretação que sempre teve [antes da resposta à Questão de Ordem]. Passa a valer o que está previsto na Constituição e na lei 1.079/50. [...] Não quero dizer o entendimento que está valendo, porque não sei a situação que será colocada. [...] Eu não ficar comentando os próximos passos que vou dar com relação a isso. Assim como hoje decidi e comuniquei [sobre o rito], vou tomar a decisão [sobre o *impeachment*] e vocês vão ficar sabendo na mesma hora.

“Passa a valer o que está previsto na Constituição”? Mas quando não valeu? - é a pergunta necessária, e não respondida.

Em 02 de dezembro de 2015, Eduardo Cunha despachou pedido de *impeachment*, acolhendo a “denúncia” e mandando processá-la. Em 08 de dezembro o plenário da Câmara dos deputados votou, em eleição fechada, duas chapas inscritas para a composição da Comissão Especial que deverá analisar o pedido de impedimento. Contra essa votação, o ministro Edson Fachin deferiu liminar nos autos da ADPF 378, ajuizada pelo PCdoB, que questiona a recepção da Lei Federal nº 1.079/50, que regulamenta o processamento dos crimes de responsabilidade. Nos dias 16 e 17 de dezembro, o pleno do STF converteu a apreciação da liminar em julgamento definitivo e, em suma

[...] firmou-se o entendimento de que a Câmara dos Deputados apenas dá a autorização para a abertura do processo de *impeachment*, cabendo ao Senado fazer juízo inicial de

¹¹² Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cunha-diz-ao-stf-que-rito-de-impeachment-e-semelhante-ao-de-collor,1782527>, acesso em 13/11/2015.

¹¹³ Conforme matéria “Cunha desiste de rito do *impeachment* barrado pelo Supremo”, de 29 de outubro de 2015, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1700046-cunha-desiste-de-rito-do-impeachment-barrado-pelo-supremo.shtml>, acesso em 13/11/2015.

instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples; a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição; e o afastamento de presidente da República ocorre apenas se o Senado abrir o processo.¹¹⁴

A decisão do STF obriga o presidente da Câmara dos Deputados a realizar nova eleição para compor a Comissão Especial, agora em votação aberta, além de dar grande poder ao Senado, que pode sepultar o processo sem afastar a presidente da República. Ele, contudo, não se conformou com o entendimento do tribunal. Pediu reunião com o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski¹¹⁵, em que discutiu o assunto. Após reunião de líderes partidários, o deputado Cunha afirmou que irá impetrar embargos de declaração no STF contra a decisão, alegando haver omissões e obscuridades no julgamento¹¹⁶, negadas veementemente pelo presidente do Supremo¹¹⁷.

A definição do rito sobre o processo de *impeachment* da presidente da República é, por certo, tema altamente carregado de tensão política e institucional.¹¹⁸ Não obstante, a controvérsia que acabou alçada ao caso foi, uma vez mais, ancorada em divergências sobre a interpretação da CF/88. Impediria ela, ou não, que o presidente da Câmara dos Deputados detalhasse (inovasse, pensam uns) o rito do processo de cassação do mandato presidencial? O deputado Eduardo Cunha entendia que não; o STF, em juízo

¹¹⁴ Trecho de reportagem de 17 de dezembro de 2015 do sítio eletrônico do STF, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306614>, acesso em 27/01/2016.

¹¹⁵ Essa reunião, ocorrida em 23 de dezembro de 2015, teve a não-usual iniciativa do ministro Lewandowski de abrir as portas do gabinete à imprensa, realizando a conversa com o deputado Eduardo Cunha sem qualquer sigilo, como relatado em <http://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/lewandowski-convida-imprensa-acompanhar-todo-o-encontro-com-cunha.html>, acesso em 27/01/2016.

¹¹⁶ Como se vê na reportagem “Cunha vai pedir esclarecimentos ao STF em fevereiro sobre rito de impeachment”, disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/502208-CUNHA-VAI-PEDIR-ESCLARECIMENTOS-AO-STF-EM-FEVEREIRO-SOBRE-RITO-DE-IMPEACHMENT.html>, acesso em 27/01/2016.

¹¹⁷ Como se vê na reportagem “Decisão do STF sobre impeachment não gera dúvidas, diz Lewandowski”, disponível em <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2015/12/decisao-do-stf-sobre-impeachment-nao-gera-duvidas-diz-lewandowski.html>, acesso em 27/01/2016.

¹¹⁸ Até o presidente do STF chegou a pedir que não haja “golpe institucional”, conforme reportagem “Presidente do STF defende 'aguentar três anos sem golpe institucional’”, de 13 de novembro de 2015, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1705882-presidente-do-stf-defende-aguentar-tres-anos-sem-golpe-institucional.shtml>, acesso em 13/11/2015.

de deliberação, creu que sim. Os mandados de segurança e a reclamação que tramitam no STF sobre o tema provavelmente terão o destino que lhe quer dar o procurador-geral da República, ou seja, o arquivamento por perda de objeto, uma vez que o presidente da Câmara revogou aquela sua decisão.¹¹⁹ Com o início do ano legislativo, em 2016, e o protocolo dos embargos declaratórios prometidos na ADPF 378, as discussões sobre o assunto voltarão à tona, fazendo permanecer a disputa de entendimentos entre legislativo (neste caso, basicamente a Câmara Baixa) judiciário em um tema de tamanha relevância para o país.

Os eventos mencionados acima perfazem três diferentes presidências das Casas do Congresso (José Sarney e Renan Calheiros – este em dois mandatos – no Senado; Marco Maia, Henrique Eduardo Alves e Eduardo Cunha na Câmara dos Deputados) e duas do Supremo Tribunal Federal (Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski), o que faz concluir que se trata de uma condição institucional não apenas vinculada aos indivíduos que operam as prerrogativas. Isto faz do problema algo mais imbricado em nossa dinâmica operacional dos poderes e menos subsumido, como alguns pretenderam, à personalidade irascível deste ou daquele adente público.

Há outros casos recentes com considerável potencial gerador de crises (geraram ou poderão gerar disputas) entre o legislativo e o judiciário. Aqui não os descreveremos, porquanto os quatro já relatados atendem à nossa circunstancial necessidade de apenas evidenciar um ambiente de disputa pela palavra final na interpretação constitucional. Nada obsta, contudo, que enunciemos alguns deles¹²⁰:

- **Mutação constitucional do Art. 52, inc. X da CF/88** – abstrativização do controle difuso – e retirada da prerrogativa do Senado de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso (tal como veiculado

¹¹⁹ O parecer do PGR, nesse sentido, foi protocolado em 03 de novembro nos três processos e está disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308071779&tipoApp=.pdf>, acesso em 13/11/2015.

¹²⁰ Há, sem dúvidas, diversos outros possíveis exemplos.

pela tese dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na reclamação nº 4335).

- **Fixação do número de vereadores** nas Câmaras Municipais (celeuma protagonizada por julgamento do recurso extraordinário 197.917, seguido das resoluções nºs 21702 e 21803 do Tribunal Superior Eleitoral, do julgamento das ADIns 3345 e 3365 e da Emenda Constitucional nº 58/2009).
- Existência, conceito e efeitos jurídicos da **fidelidade partidária** no Brasil (resposta à Consulta nº 1.398/DF, do TSE, e mandados de segurança nºs 26.602, 26.603, 26.604 e 26.890, julgados pelo STF).
- **Cláusula de barreira partidária** (artigos 13, 41, 48, 49, 56 e 57 da Lei Federal nº 9.096/1995 e ADIns 1351 e 1354 julgadas pelo Supremo, além da PEC 322/2009).
- **Conceito de usuário de drogas e constitucionalidade de sua prisão** (Art. 28 da Lei Federal nº 11.343/2006 e recurso extraordinário 635659, em julgamento no STF).
- **Conceito de família e suas implicações, sobretudo, sobre a união homoafetiva** (julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277 e projeto de lei nº 6583/2013 – Estatuto da Família – em tramitação na Câmara dos Deputados).
- **Verticalização das coligações partidárias** (Emenda Constitucional nº 52/2005 e ADIn 3685, julgada em 2006 pelo Supremo).
- **Mini-reforma eleitoral de 2015** (além da liminar na ADIn 5394, supra relatada, já há, apesar do pouco tempo de promulgação da Lei Federal nº 13.165, também a ADIn 5398, que questiona dispositivos sobre as justas causas de desfiliação partidária; aqui também houve deferimento de liminar no STF, desta vez pelo ministro Barroso, em 09 de novembro de 2015).
- Criminalização de **aborto de anencéfalo** (ADPF 54 e projeto de lei nº 287/2012, da Senadora Maria do Carmo Alves, que busca a superação do julgamento da anencefalia prevendo detenção de

três anos para gestante que interromper ou permitir que interrompa gravidez de feto anencéfalo e estipulando pena de reclusão de três a seis anos caso a interrupção se dê sem o consentimento da gestante).

- Tratado Brasil-Vaticano e o **ensino religioso confessional escolas públicas** (Art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Decreto Legislativo nº 698/2009, Decreto Presidencial nº 7107/2010 e ADIn 4439, ainda não julgada, mas em que realizada pomposa audiência pública, pelo STF, em 15 de junho de 2015).
- **Nova sabatina, aos 70 anos, de ministros** dos tribunais superiores e de membros do TCU (Emenda Constitucional nº 88/2015 e liminar deferida na ADIn 5316 para suspender o procedimento de nova sabatina até julgamento final).
- **Fim do contrabando legislativo em Medidas Provisórias** (Lei Federal nº 12249/2010 e ADIn 5127, que “anunciou” ao Congresso que novos “contrabandos” serão invalidados pelo STF).
- **Procedimento de deliberação do Congresso sobre as contas dos presidentes da República** (mandado de segurança 33729, da senadora Rose de Freitas, cuja liminar foi indeferida pelo ministro Barroso e também pelo plenário do STF, no qual a parlamentar questionava a votação das contas dos ex-presidentes Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, realizada isoladamente pela Câmara dos Deputados e não em sessão conjunta do Congresso Nacional, divergência baseada na interpretação dos artigos 49, inciso IX, e 57, §§ 3º e 5º, todos da Constituição Federal).
- **Prisão do senador Delcídio do Amaral** (ação cautelar nº 4039, com pedido do Ministério Público Federal, que implicou o decreto de prisão em flagrante e preventiva – a própria decisão do ministro Teori Zavascki mistura ambos os conceitos –, depois submetida à decisão no plenário do Senado que, por 59 votos a

favor, 13 contra e uma abstenção entendeu por manter preso o parlamentar, mas não sem que diversos discursos fossem feitos em denúncia de uma possível usurpação de funções e descumprimento da Constituição por parte do STF).

1.3 Reações fortes do Congresso à supremacia do STF

Os casos relatados na Seção anterior geraram embates substanciais entre o judiciário e o legislativo acerca do significado de diversos dispositivos da Constituição e da margem que eles dariam à edição de atos normativos específicos pelo Congresso. Em alguns deles, chegou a haver manifestações por parte de deputados e senadores acerca da competência do STF para dizer por último o sentido da Constituição, mas isto ficou no plano retórico. É, contudo, nesta Seção que enunciaremos algumas iniciativas reais dos parlamentares com vistas a reduzir efetivamente o poder dos magistrados de interpretar soberanamente a Carta Política. Nenhuma delas foi aprovada definitivamente; isto, ainda assim, não retira sua importância como manifestação de inconformidade com o poder exercido pelo Supremo e como alerta a ele de que, exorbitando demais dos limites exegéticos do texto constitucional e do contexto social, poderá haver resposta mais veemente por parte dos legisladores.

1.3.1 PEC 03/2011 – sustação de atos normativos do judiciário

O atual inc. V do Art. 49 da CF/88 (que elenca as competências exclusivas do Congresso Nacional) garante aos parlamentares a prerrogativa de *“sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”*. A PEC 03/2011, apresentada pelo deputado federal Nazareno Fonteles com o apoio de 194 parlamentares, visa alterar este dispositivo, fazendo constar a expressão *“dos outros poderes”* em lugar de *“do Poder Executivo”*. Da justificção da Proposta de Emenda colhe-se o seguinte texto:

[...] o art. 49, caput, e seu inciso XI da Lei Maior atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face de atribuição normativa dos outros poderes”. Tal competência tem natureza de verdadeiro controle político de constitucionalidade diante tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário.

Como, na prática, o Poder Legislativo (Congresso Nacional) poderá cumprir de forma plena o mandamento constitucional descrito no inciso XI, do art. 49, em relação ao Poder Judiciário? No nosso entendimento, há uma lacuna no inciso V, do art. 49, levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, isto é: atualmente, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, mas não pode fazer o mesmo em relação aos atos do Poder Judiciário. Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os três Poderes. [...]

Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso estaremos garantindo de modo mais completo a independência e harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF.

A PEC teve sua admissibilidade aprovada, por unanimidade, em reunião de 25 de abril de 2012 da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados. No parecer de admissibilidade, do deputado Nelson Marchezan Junior, lê-se a opinião de que:

No que concerne à análise material da proposição em apreço, isto é, a sua sujeição às ditas cláusulas pétreas constitucionais, verifica-se que a reforma ora alvitrada não ofende o conteúdo de qualquer dos incisos supramencionados [incisos I a IV do § 4º do Art. 60 da Constituição Federal de 1988].

Em 31 de janeiro de 2015, último dia da legislatura 2011-2015, a PEC foi arquivada automaticamente, nos termos do Art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. No entanto, houve dois requerimentos de desarquivamento: um em 10 de fevereiro (do deputado Paes Landim) e outro em 19 de março (do deputado Mendonça Filho, este, autor da PEC 171/2012, apensada à PEC 03/2011). Estes requerimentos, além de fazer com que a Proposta volte a tramitar, demonstram a manutenção de interesse dos parlamentares na aprovação do texto da emenda constitucional objetivada. Atualmente, a PEC aguarda da designação de comissão especial que deverá

Torna-se claro, pois, que a Proposta de Emenda Constitucional em debate foi apresentada para fazer frente a um contexto em que o STF havia tomado decisões que, no entender do proponente, adentravam à esfera de competência do Congresso e, mesmo, que chegavam ao ponto de reescrever as normas constitucionais. A forma de combater essa realidade, segundo a defesa, seria esclarecer que o Congresso pode sustar as decisões que considerar afrontosas.

A Associação dos Magistrados do Paraná divulgou nota de repúdio à PEC 03/2011:

Referida proposta [PEC 03/2011] pretende dar ao Congresso Nacional poderes para sustar atos do Poder Judiciário, representando clara violação ao princípio da separação de poderes, que se constitui cláusula pétrea de nosso texto constitucional e que não pode ser alterado nem mesmo por Emenda à Constituição.

Entendem os magistrados do Paraná que seria mais proveitoso à sociedade que o Congresso Nacional, ao invés de tentar sustar decisões judiciais, se preocupasse em regulamentar, por lei, diversos temas relevantes e que estão há anos sem disciplina legal. [...] ¹²³

Houve nota de repúdio também da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho:

[...] a PEC 03/2011, que tem o objetivo aparente de apenas "sustar" (sic) atos normativos dos outros poderes", inclusive do Poder Judiciário, politicamente tem a real e verdadeira intenção de cassar decisões judiciais que desagradem segmentos político-hegemônicos contrariados em seus interesses econômicos, filosóficos, religiosos ou tendências morais apoiadas no Poder Legislativo (como noticiado pela imprensa), e representaria, ao fim e ao cabo, dura e inadmissível quebra dos valores democráticos tão caros à sociedade, bem como do próprio sistema de tripartição de Poder e autonomia do Judiciário, com ferimento ao próprio regime de liberdades. [...]

Esperam os juízes do Trabalho brasileiros, representados pela Anamatra, portanto, que a PEC 03/2011, cuja proposição foi infeliz, seja reavaliada e definitivamente arquivada, ante sua evidente inconstitucionalidade. ¹²⁴

¹²³ Disponível em <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2012/05/05/magistrados-do-parana-repudiam-pec-032011/>, acesso em 18/11/2015.

¹²⁴ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/nota-juizes-trabalho-repudiam-pec-limita-poder-judiciario>, acesso em 18/11/2015.

É curioso notar que, da leitura integral de ambas as notas, não se consegue perceber sequer a tentativa dos juízes de rebater os argumentos lançados pelos parlamentares na justificação e no julgamento de admissibilidade da PEC 03/2011. Os magistrados apenas ecoam uma defesa lacônica do sentido específico que teria a cláusula pétrea da separação dos poderes para dizer que a sustação de atos normativos judiciais seria inconstitucional. Mas nada se lê acerca da interpretação do *caput* do Art. 49 da CF/88 e de seu inc. XI. É como se tais normas não existissem! (para os juízes).¹²⁵ Os “órgãos” do judiciário preferem produzir ilações sobre as

¹²⁵ Não é, contudo, totalmente estranho ao Congresso Nacional o exercício da prerrogativa contida no inc. XI do Art. 49 da Constituição. O caso mais recente e notório deu-se em razão da edição da Resolução nº 23.389, de 09 de abril de 2013, pelo Tribunal Superior Eleitoral. Esta norma administrativa alterou quantitativos da representação de deputados federais na Câmara dos Deputados e de deputados estaduais nas Assembleias Legislativas para as eleições de 2014, baseando-se em alterações demográficas captadas pelo Senso de 2010. Os parlamentares federais insurgiram-se contra a usurpação da competência estipulada no § 1º do Art. 45 da CF/88, que previu a edição de lei complementar para regular a matéria, de competência exclusiva do legislativo. Foi aprovado e promulgado em 04 de dezembro de 2013 o Decreto Legislativo nº 424/2013, que sustou “os efeitos da Resolução nº 23.389, de 9 de abril de 2013, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral”. Ainda assim, o STF achou por bem julgar as ADIns 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 5130, todas versando sobre o mesmo assunto. Desta feita, resolveu, em 18 de julho de 2014, que a Resolução TSE nº 23.389 era inconstitucional por invasão da competência do Congresso Nacional. Juntamente com estas ADIns, foi julgada a ADC 33, de autoria da Mesa do Senado Federal, que visava a declarar a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 424/2013. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes assim relatou e corroborou com a conduta do TSE (que resolveu desconhecer solenemente a eficácia do Decreto Legislativo): “Ao deliberar sobre o DL 424/2013, o TSE afastou a sua aplicação e ratificou a aprovação da Resolução 23.389/2013 [...] Ressalte-se que decretos legislativos sequer vão à sanção presidencial, de modo que a inversão da hierarquia normativa é evidente na espécie. A esses fundamentos, acresço mais um: **não há previsão constitucional para a edição desse tipo de decreto legislativo. O art. 49 da Constituição de 1988, que traz as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, as quais, em sua maior parte, devem ser levadas a cabo por meio da edição de decretos legislativos, não traz a atribuição de sustar atos normativos emanados pelo Poder Judiciário, o que de resto seria absurdo. O Congresso pode sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos termos da delegação legislativa eventualmente recebida. A atribuição de controlar o Poder Executivo é certamente uma das principais outorgadas pelas constituições modernas ao Poder Legislativo. Tal competência, no entanto, não pode ser estendida ao Poder Judiciário por meio de mera interpretação extensiva. Antes o que ocorre é o contrário, o Poder Judiciário é que fiscaliza o relacionamento entre os outros dois poderes.** Admitir a higidez jurídica de decreto legislativo dessa espécie poderia nos levar a um quadro em que tal prática se tornasse comum, comprometendo a independência dos poderes. [...] **não se pode dar brecha para esse tipo de atuação por parte de alguns parlamentares. Propostas de decretos legislativos dessa natureza, bem como a malsinada PEC 33/2011, subvertem a organização e a independência dos poderes disposta no texto constitucional e violam a própria democracia brasileira, tal como desenhada pela Constituição Federal de 1988. [...] não há previsão constitucional para a edição dessa espécie de decreto legislativo. Muito ao contrário, a Constituição veda esse tipo de expediente.**” [Grifos nossos]. A ADC 33 foi unanimemente julgada improcedente, declarando-se a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 424/2013. Nenhum dos votos, absolutamente nenhum, tratou da competência arrolada no inc.

“verdadeiras intenções” e sobre o que “seria mais proveitoso à sociedade” que o Congresso Nacional estivesse a fazer.¹²⁶ Se essa postura é pressagial quanto a como costuma julgar o STF as leis emanadas do parlamento, isso veremos no Capítulo 4. Por ora, anotamos, apenas, que a PEC 03/2011 pode ser francamente interpretada como reação forte da Câmara dos Deputados contra diversas supostas investidas do STF por sobre as competências constitucionais do Congresso.

XI do Art. 49 da CF/88, sequer para dizer qual deveria ser a interpretação do dispositivo. Os ministros contentaram-se em rechaçar a prerrogativa do Congresso Nacional baseados na ausência de previsão de sustação de atos normativos do judiciário no inc. V do mesmo artigo. Certamente um gesto de pobreza argumentativa, para dizer-se o mínimo, pois o legislativo havia se baseado expressamente no inc. XI para editar o Decreto de sustanção da Resolução TSE nº 424/2013. É bastante curioso, desta feita, perceber a postura contraditória do ministro Marco Aurélio que, em voto proferido em 12 de novembro de 1992, no bojo da ADIn 492, assim se manifestou: *“Cabe ainda ter presente que o poder normativo assegurado com exclusividade, na órbita do Judiciário, à Justiça do Trabalho, não é absoluto e sofre as limitações decorrentes de normas constitucionais, sendo certo que o inciso XI do artigo 49 revela caber ao Congresso Nacional zelar pela preservação da respectiva atividade precípua - legislativa - isto em face da atribuição normativa dos outros Poderes, ou seja, do Executivo e do Judiciário.”* [Grifos nossos]. Vale citar, ainda, trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADIn 829, em 14 de abril de 1993: *“Mas, vou mais longe, Sr. Presidente: também no tópico particular em que esse princípio da separação dos poderes é chamado com maior ênfase - o que diz com a redução da competência de ordem legislativa, que se outorgara inicialmente ao Tribunal Superior Eleitoral -, o meu voto coincide inteiramente com o do eminente Relator. O que era excepcional, em relação ao princípio fundamental da separação dos poderes, era a fórmula inicial de outorgar competência tipicamente legislativa a um órgão do Poder Judiciário. Desse modo, ao invés de tendente a abolir a separação dos poderes, a emenda questionada [EC nº 2, que havia antecipado o plebiscito sobre sistema e forma de governo] mais se aproxima da fórmula ideal do princípio a respeitar, na medida em que devolve, em primeiro plano, ao Poder Legislativo, a competência de ordem legislativa, que, de início, fora anormalmente atribuída ao Judiciário.”* [Grifo nosso]. Neste caso, o ministro Pertence defendeu que o poder normativo da Justiça Eleitoral é anormal, face à separação dos poderes, e poderia ser sempre sindicado e reduzido pelo poder legislativo. É pressagial a manifestação do ministro Eros Grau em debate como o ministro Gilmar Mendes na ADIn 3453: *“O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Apenas uma observação Ministro Gilmar. Não podemos corrigir o legislador. O que devemos é apreciar a constitucionalidade das leis. Não nos cabe a substituição do legislador, a correção do que faz o legislador. Não podemos dar direito ao Poder legislativo de, amanhã ou depois, vir corrigir as nossas decisões.”*

¹²⁶ O deputado Nazareno Fonteles afirmou, em discurso de grande expediente da Câmara dos Deputados de 02 de maio de 2012, que no debate público da PEC 03/2011 houve “[...] muitas críticas sem embasamento, sem estudo, sem dedicação àquilo que nós aqui propusemos.” Ele, provavelmente, tinha razão. No mesmo discurso, quase como resposta às críticas ao Congresso que não legisla, diz o parlamentar: *“Talvez valesse a pena pegarmos cópias dos processos que estão encalhados há 10, 20 anos, colocá-las sobre a mesa do Presidente Inocêncio Oliveira e dizer: ‘Hoje nós vamos deliberar sobre esses processos todos, porque a negligência, a lerdeza - para não dizer omissão completa - do dever do Poder Judiciário nos impõe julgar.’”* Ele conclui a manifestação dizendo: *“[q]ue esta Casa tome providências. Vou apresentar requerimento - já está pronto - de anulação da decisão do Supremo. E que a Mesa do Congresso Nacional o faça, como diz o art. 49, inciso XI.”* De fato, o Requerimento foi apresentando, tendo tramitado sob o nº 21/2012.

1.3.2 PEC 33/2011 – compartilhamento da adjudicação constitucional

A Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, também de autoria do deputado Nazareno Fonteles, é o tema do mais “famoso” de nossos casos de ataque parlamentar como reação à atuação do judiciário. Tornou-se notória, sobretudo, após a aprovação de sua admissibilidade na CCJC da Câmara dos Deputados em 24 de abril de 2013, mas não apenas por isso. É que, naquele contexto, diversas das rugas entre legislativo e judiciário em função da palavra final sobre o sentido da Constituição estavam em curso, como relatamos no item 1.2.1 desta Seção. A principal delas: a disputa sobre a autoridade responsável pela decretação da perda de mandatos parlamentares. É provavelmente representativa da opinião majoritária dos juristas, veiculada naquela ocasião, a seguinte manifestação do presidente da seccional da OAB de Goiás:

O que estarrece, na verdade, é que a volta da PEC [33/2011] à luz das discussões no Congresso Nacional coincide com o julgamento da Ação Penal 470 - mensalão, pela Suprema Corte, que condenou 25 réus, entre eles o ex-ministro da Casa Civil José Dirceu, o ex-presidente do PT, José Genoino, e os deputados federais João Paulo Cunha (PT-SP), Pedro Henry (PP-MT) e Valdemar Costa Neto (PR-SP). Portanto, qualquer mudança na atuação do STF que signifique submissão ao Congresso Nacional é, além de inconstitucional, e, neste momento, descabido e grosseiro casuísmo.

Dezenas de artigos acadêmicos e de opinião foram escritos sobre a PEC 33/2011, seja a favor¹²⁷, seja contra¹²⁸ sua constitucionalidade e desejabilidade ao nosso sistema jurídico. Notas de repúdio também foram proferidas por associações de juízes e membros do Ministério Público.¹²⁹ O ministro Gilmar

¹²⁷ Oliveira (2013); Bercovici e Lima (2013; Lima (2014).

¹²⁸ Worm e Vieira (20014); Soares (2013).

¹²⁹ Como exemplos, veja-se a do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (disponível em <http://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/Nota%20CNPG%20PEC%2033.pdf>, acesso em 18/11/2015) e a conjunta da Associação dos Magistrados Brasileiros, da Associação dos Juízes Federais do Brasil e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (disponível em <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/associacoes-manifestam-preocupacao-com-aprovacao-de-pec-que-submete-ao-congresso-nacional-decisoes-do-stf>, acesso em 18/11/2015).

Mendes chegou a dizer que, caso promulgada a Emenda proposta pela PEC 33/2001, melhor seria que se fechasse o STF.¹³⁰

Os ânimos se acirraram porque, de fato, o texto da PEC 33/2011 mexe com o âmbito dos poderes do Supremo no tocante ao controle de constitucionalidade.¹³¹ Esta Proposta de Emenda altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, passando-a para o quórum qualificado de quatro quintos dos membros do tribunal (inclusive do STF); condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre os efeitos vinculantes e eficácia contra todos da inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Causa espécie ao estudioso um pouco mais familiarizado com nossa história constitucional o cabedal de maus argumentos lançados contra a constitucionalidade das propostas – e fazemos aqui breve parêntese para anunciá-los. Veja-se: o quórum para declaração de inconstitucionalidade é previsto no Art. 97 da CF/88 como sendo de maioria absoluta. Aumentá-lo para

¹³⁰ Conforme matéria jornalística veiculada em 25 de abril de 2013 (disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>, acesso em 18/11/2015). A íntegra da manifestação é: “Não há nenhuma dúvida, ela [PEC 33/2011] é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [CCJ] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal. É disso que se cuida.”

¹³¹ Lêem-se os seguintes excertos na justificção da PEC: “Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo. [...] É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição. Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição [...] O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do panprincipiologismo. [...] Por fim, o que temos observado a todo momento são decisões ativistas, que representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes, os quais constam expressamente da Constituição Federal. Tal anomalia precisa ser corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes. É, portanto, o que se propõe, sem buscar suprimir qualquer parcela, ínfima que seja, da competência dos Poderes da República. [...] A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistimos, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular.”

quatro quintos é uma decisão política, que em nada fere a separação dos poderes, apenas evita a derrubada, por exemplo, de leis aprovadas por amplas maiorias parlamentares em razão de um julgamento de ADIn por, cogite-se, 6 X 5 no plenário do STF.¹³²

Ampliar quórum de decisão do STF e submeter súmulas vinculantes ao Congresso jamais poderá ser considerado um ataque a cláusula pétreia, pela simples razão (há outras) de que a súmula vinculante não existia quando da promulgação da Constituição, em 1988. Foi incluída, pelo Congresso, quando da Emenda Constitucional nº 45, em 2004. Poderia, naquela ocasião, ter sido regulada de forma diversa; por que não poderia sê-lo agora? Ou alguém sustenta que a existência de súmulas vinculantes é um corolário inexorável da separação de poderes?¹³³

¹³² Disse o autor da PEC, sobre o tema, em sua justificação, que: “[...] entendemos salutar o aumento da maioria qualificada para declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada no Parlamento. A opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular. A redação atual do art. 97 da Constituição Federal estabelece o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais como requisito para declaração de inconstitucionalidade de leis. Estamos propondo o aumento de maioria absoluta para quatro quintos dos membros dos tribunais. No caso do Supremo, será necessário o voto de nove ministros e não apenas seis para que seja declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas no Congresso Nacional. Terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte.”

¹³³ Assim é defendida a alteração, quanto às súmulas vinculantes, pelo autor da PEC, em sua justificação: “A nosso ver, a súmula vinculante vem sendo utilizada pelo STF como um “cheque em branco” posto à disposição pelo Poder Legislativo. Seu uso não está em consonância com o texto constitucional e, portanto, deve passar por ajustes. Um desses necessários ajustes resulta do desapego do Supremo aos contornos dos casos precedentes, bem como à necessidade de reiteradas decisões para que se edite uma súmula vinculante. [...] Nossa proposta aumenta para quatro quintos de seus membros a maioria necessária para aprovação da súmula vinculante. Exigir-se-á, a partir de agora, a concordância de pelo menos nove ministros para que se aprove uma súmula vinculante. Além disso, o efeito vinculante da súmula perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública somente operará após a aprovação da súmula, por maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional. A apreciação do Congresso Nacional sobre a súmula proposta pelo STF avaliará a observância dos casos precedentes reiteradamente decididos e os eventuais ‘excessos legislativos’. Na hipótese de rejeição do efeito vinculante pelo Congresso Nacional, a súmula tornar-se-á mais uma das súmulas ordinárias daquela Corte. Para não prejudicar a agilidade da decisão, assina-se o prazo de noventa dias, com a aprovação tácita no caso de não se ultimar a votação no prazo estabelecido. Observamos que a elaboração de uma súmula vinculante, na qual o STF enuncia seu entendimento sobre questões constitucionais concretas e reiteradamente decididas, não tem natureza jurisdicional e, portanto, a presente proposição não viola o princípio da separação de poderes. Essa medida, além de representar o cumprimento do que determina o art. 49, XI, da Constituição Federal ao Congresso Nacional – ‘zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes’ -, deve induzir o necessário (e hoje inexistente) diálogo institucional entre os Poderes da República.”

Analisemos, por fim, os §§ 2º-A, 2º-B e 2º-C que a PEC intenta incluir no Art. 102 da Constituição:

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.¹³⁴

Boa parte dos juristas achou que aqui haveria usurpação de poderes por parte do Congresso, sobretudo porque a declaração de inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais passaria a depender de chancela do parlamento. Há outra forma de ver o tema (que é a nossa): a Constituição Federal de 1988 não deu a competência ao STF para declarar invalidade de Emendas Constitucionais, mas apenas de lei ou ato normativo federal ou estadual (alínea “a” do inc. I do Art. 102 da CF/88)¹³⁵. Foi, de forma ativista, que o tribunal tomou essa competência como sua, já no julgamento da ADIn 830, em 14 de

¹³⁴ “A título de esclarecimento, vale lembrar que o efeito vinculante das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) não foram previstas no texto original da Constituição de 1988. Tal alteração foi introduzida apenas em 1993, pela Emenda à Constituição nº 3, que estabeleceu esse efeito apenas para as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), e a partir de então, a jurisprudência do STF passou a conferi-lo também às ADI. Com a edição da Lei nº 9.868/1999 e, posteriormente, com a promulgação da EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), o efeito vinculante foi expressamente estendido à ADI.” (Excerto da justificação da PEC 33/2011).

¹³⁵ É o que também pensa o deputado Nazareno Fonteles que, respondendo à Decisão da Presidência da Câmara dos Deputados sobre a sua Questão da Ordem nº 11/2011, na seção plenária, de 05 de abril de 2011, daquela Casa Legislativa, disse: “Não há de maneira clara na Constituição nada que preveja que o Supremo tem competência para revisar emenda constitucional. Leis infraconstitucionais que muitas vezes não têm o devido cuidado devem ser analisadas em todos os meandros da Constituição e das outras leis. Concordamos que ele faça a revisão dessas leis, mas de emenda constitucional, votada por três quintos, dois turnos de votação nesta Casa e na outra, não. Ora, seis membros do Judiciário dizerem que aquilo não vale, rapaz, é um desrespeito ao povo que representamos! A democracia se baseia em voto ou existe um processo democrático que não se baseie no voto e no debate público como esta Casa o faz? Não existe!”

abril de 1993, intentada contra a Emenda Constitucional nº 02/1992, em voto do ministro Moreira Alves, que disse: “[n]ão há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional.”¹³⁶ Há dúvida, sim, eu diria. Mas o deputado Nazareno Fonteles e os demais 218 deputados subscreventes da PEC 33/2011, se felizes em seu intento, acabarão com essa dúvida e positivarão, de vez por todas, na Constituição Federal de 1988, o controle judicial de Emendas à Constituição. Mas com limites hoje não conhecidos pelo Supremo, é verdade.

O mecanismo desenhado é engenhoso. O STF proferiria seu julgamento. Caso fosse pela inconstitucionalidade da Emenda, submeteria o resultado ao Congresso que, em sessão conjunta e por três quintos de seus membros (mesmo quórum para aprovar alterações na Constituição), terá um prazo de noventa dias para decidir se concorda com o Supremo. Se concordar, avaliando que os argumentos¹³⁷ dos ministros estão corretos e iluminam um ou mais aspectos da hermenêutica constitucional que não foram antevistos pelos congressistas quando da aprovação da Emenda, então os parlamentares aquiescerão e estará sacramentada a declaração de inconstitucionalidade (note-se que o mesmo resultado advirá da mera ausência de manifestação em prazo superior a noventa dias, o que obrigaria sempre o Congresso a dar atenção ao tema – aqui, quem cala, consente). Agora, caso discordem dos magistrados e queiram manter a Emenda por julgar que ela não afronta

¹³⁶ Como diz Cláudio Ladeira de Oliveira (2013:25): “[...] o objetivo essencial da PEC é retirar parte do imenso poder político que o STF possui atualmente, um poder que em parte foi ampliado pelo próprio tribunal, pela via de interpretações ‘construtivas’, ‘evolutivas’ etc., com ‘fundamentações’ sempre acompanhadas de citações de autores ‘autorizados’ (você-sabe-com-quem-está-falando?), sem que isso despertasse reações da maioria dos agora defensores da ‘separação de poderes’. Ora, na prática o tribunal muitas vezes ampliou suas competências, as quais só poderiam ser ampliadas pelo Congresso, por EC.”

¹³⁷ É, sobretudo, essa possibilidade de relevação mútua de argumentos que influi na consideração deste mecanismo como sendo dialógico. Ora, se o STF sabe que sua declaração de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional poderá ser contrariada pelo Congresso, segue-se que tentará esgrimir argumentos consistentes e que considerem os anteriormente lançados pelo parlamento sobre o mesmo assunto (no transcurso da aprovação da Emenda). Por outro lado, sabendo que sua posição poderá implicar a “avocação” da prerrogativa decisória pelo próprio povo, o Congresso também procurará conhecer e dialogar com os argumentos estabelecidos pelo STF quando da declaração de invalidade. Essa consideração mútua de argumentos é o que caracteriza os diálogos constitucionais em sua acepção material, tal como explicitaremos no próximo Capítulo – sendo aquela que consideramos desejável no âmbito de nossa democracia constitucional, por seu potencial epistêmico.

nenhuma cláusula pétrea (única hipótese em que se poderia alegar vício material em Emendas Constitucionais), então, pasmemos, a controvérsia será submetida à consulta popular! A proibição de cautelares contras Emendas Constitucionais (§ 2º-C proposto), neste diapasão, é consectário lógico do compartilhamento do papel hermenêutico entre legislativo e judiciário, além de reforçar a presunção de constitucionalidade das mesmas.

Onde, exatamente, estaria a afronta à separação dos poderes? Se é dever de ambos aferir a constitucionalidade das Emendas Constitucionais e se há, derradeiramente, divergências entre eles acerca do significado de uma determinada cláusula pétrea (algo altamente plausível em vista das construções polissêmicas e de tessitura aberta de nossa Carta Política), o que pode haver de mais legítimo em devolver a decisão ao povo, que é o detentor maior da soberania em nosso regime? *“Como poderia cogitar-se o comprometimento da cláusula de separação de poderes se o poder constituinte é que dará o último sinal?”* (BERCOVICI; LIMA, 2013:794).

Que haveria redução dos poderes do STF atualmente exercidos (hoje ele tem o “poder constituinte originário permanente”¹³⁸), disto não resta dúvida. Mas que esta redução, com o conseqüente maior protagonismo do povo, é proibida pela Constituição de 1988, é algo de improvável demonstração – e de difícil sustentação na esfera pública. Bercovici e Lima (2013:788) dizem textualmente:

Entendemos que ela [a PEC 33/2011] é absolutamente constitucional e, em nenhum instante de seus termos, na forma como aprovada pela Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados, viola dispositivos do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Fechado este parêntese sobre o mérito da PEC 33/2011, cabe ainda referir que a aprovação da sua admissibilidade teve os votos em separado, contrários, dos deputados Paes Landim e Vieira da Cunha, que consideravam a proposição inconstitucional. A PEC acabou sendo arquivada automaticamente, como manda o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no último dia da legislatura 2011-2015, 31 de janeiro de 2015, não

¹³⁸ Oliveira (2013:27).

tendo sido desarquivada por ausência de requerimento do autor, que não se reelegeu deputado federal. Os debates que gerou, contudo, foram relevantes, ainda que, no mais das vezes, opacos e sem apego ao texto da PEC e da própria Constituição. O único aspecto indiscutível desta proposição é que tratou-se de uma reação bastante forte (e relevante, dado o apoio por 219 deputados e a aprovação da admissibilidade na CCJC) à supremacia do judiciário no cenário atual do Brasil.

1.3.3 Projeto de resolução da Câmara (PRC) nº 21/2011 – criação da Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário

O projeto de resolução nº 21/2011 insere-se no âmbito do movimento mais amplo encampado pelo deputado Nazareno Fonteles com vistas ao que considerou ser a garantia das prerrogativas constitucionais do parlamento no tocante à interpretação da Constituição. Se acatado o Projeto, seria incluída, entre as comissões deliberativas permanentes da Câmara dos Deputados, a Comissão de Controle Legislativo dos atos normativos dos Poderes Executivo e Judiciário, tendo como campos temáticos ou áreas de atividade:

- a)** atuação precípua no cumprimento do mandamento constitucional expresso no art. 49, incisos V e XI, da Constituição Federal;
- b)** matérias relativas ao Controle Legislativo dos atos normativos dos outros Poderes;
- c)** assuntos relacionados ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário e Funções Essenciais à Justiça;
- d)** emitir pareceres sobre os atos normativos dos outros Poderes quanto à competência legislativa;
- e)** propor projeto de decreto legislativo para sustar atos normativos dos outros Poderes, quando estes exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
- f)** propor proposições que aperfeiçoem o Controle Legislativo;
- g)** realizar estudos, seminários e audiências públicas sobre o papel do Poder Legislativo no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

O proponente entendeu que a criação desta comissão seria uma forma de materializar o exercício da prerrogativa contida no inc. XI do Art. 49 da CF/88, permitindo que o Congresso, assim, zelasse pela preservação de sua

competência legislativa em face da atividade normativa dos outros poderes. Preocupavam, sobretudo, o deputado

[...] o agigantamento sem precedentes do Judiciário nas questões políticas do País, o desrespeito à independência dos Poderes por meio de decisões judiciais que legislam sobre temas relevantes para nossa sociedade ao [sic] atropelo de proposições legislativas em discussão e votação no Poder Legislativo.

Este projeto de resolução também serve como indicador de resistência do Congresso ao ativismo do Supremo. Entretanto, como sequer chegou a receber parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, vindo a ser arquivada em 31 de janeiro de 2015, apenas ilustra heurísticamente o presente tópico.

1.3.4 Outros exemplos de reações fortes do Congresso

O deputado Nazareno Fonteles foi o protagonista das duas PECs e do projeto de resolução acima explanados. Foi, ainda, proponente da PEC 143/2012, que altera a forma de escolha dos ministros do STF, passando a prever a indicação dos membros do tribunal, alternadamente, pelo presidente da República e pelo Congresso Nacional. Os magistrados teriam mandatos de sete anos, sem possibilidade de recondução ou exercício de novo mandato a qualquer tempo, o mesmo valendo para os membros do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas Estaduais. Seria vedado, ainda, que os ex-ministros do STF assumissem mandato eletivo ou cargo em comissão em qualquer dos Poderes e entes da Federação, até quatro anos após o término do mandato. A PEC se aplicaria, apenas, aos novos ministros, empossados a partir de sua promulgação. Ela foi pensada, por correlação de propósitos e em função de anterioridade, à PEC 262/2008, que tem por parte do relator da admissibilidade, na CCJC, Marcos Rogério, uma recente (em 25 de setembro de 2015) solicitação de realização de audiência pública para a discussão da PEC.

Outras Propostas de Emendas Constitucionais foram apresentadas nos últimos anos tendo como objeto o questionamento do processo mais amplo do controle de constitucionalidade e a forma de investidura dos membros do STF. Podem ser citadas:

- A **PEC 146/2015**, que inclui inciso XVIII ao Art. 49 da Constituição Federal para estabelecer a competência exclusiva do Congresso Nacional para decidir definitivamente sobre a constitucionalidade de lei e § 6º ao art. 60 para estabelecer que não é cabível controle de constitucionalidade de Emenda à Constituição.
- A **PEC 378/2014**, que altera dispositivos constitucionais, instituindo mandato com duração de 10 anos, vedando a recondução para os ministros do STF, TCU e TCE e modifica forma de investidura no STF.
- A **PEC 171/2012** (apensada à PEC 03/2011), que altera o inciso V do Art. 49 da Constituição Federal e estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Público que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.
- A **PEC 161/2012** (apensada à PEC 143/2012), que acrescenta parágrafo ao Art. 101 da Constituição Federal para estabelecer prazo de mandato para os ministros do Supremo Tribunal Federal.

São apenas algumas dentre as várias que trataram do tema e não foram deliberadas. Todas visam a reduzir, de alguma forma, as prerrogativas do tribunal; algumas chegaram, como visto, a buscar localizar no parlamento o *locus* para a resolução, em última instância, do sentido da Constituição. A maioria continua tramitando, pendendo como lâmina (ainda que um pouco sem fio) no Dâmocles Supremo.

Pincelemos, adiante, os argumentos que inquietam os defensores da supremacia judicial – na tentativa de desimbricar o *judicial review* do *constitutional review*.

1.4 Palavra final com o Legislativo

Na era dos Códigos (séc. XIX), a palavra final era sobre a interpretação das leis, não da Constituição. Esta se tratava apenas de uma “*proclamação política, que deveria inspirar o Poder Legislativo*” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013:120), mas não uma norma cogente. Os parlamentos eram os únicos a dizer o direito. Nada mais plausível diante do lugar de honra então ocupado pela teoria de Montesquieu, que dissera no clássico *Do Espírito das Leis* que:

[...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. [...] Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. [...] Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois [...] Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. É, portanto, a parte do corpo legislativo que noutra ocasião dissemos ser um tribunal necessário, que aqui também é necessário; cabe à sua autoridade suprema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela. (1973:157-160)

Antes dele, Locke defendia no *Segundo Tratado Sobre o Governo* (LOCKE, 2005:503) que:

[...] Esse *legislativo* é não apenas o *poder supremo* da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado; tampouco pode edito algum de quem quer que seja, seja de que forma concebido ou por que poder apoiado, ter força e obrigação de *lei* se não for *sancionado pelo legislativo* escolhido e nomeado pelo público. Pois, não fosse assim, não teria a lei o que é absolutamente necessário à *lei*, o *consentimento da sociedade*, sobre a qual ninguém pode ter o poder de elaborar leis salvo por seu próprio consentimento, e pela autoridade dela recebida. Portanto, toda *obediência* a que alguém pode estar obrigado pelos vínculos os mais solenes

termina finalmente nesse *poder supremo* e é regida pelas leis que ele promulga. Não pode um juramento a um poder externo qualquer ou a algum poder interno subordinado dispensar nenhum membro da sociedade de sua *obediência ao legislativo*, que delibera segundo seu encargo, nem obrigá-lo a nenhum tipo de obediência contrária às leis assim promulgadas ou mais além do que o admitido por estas, pois é ridículo imaginar alguém definitivamente obrigado a *obedecer a qualquer poder* dessa sociedade que não seja o *supremo*.¹³⁹

Bercovici e Lima (2013:793) chegam a dizer, citando Kant, que:

[...] Somente soluções fora da democracia é que poderiam estranhar a supremacia do Poder Legislativo ao longo do pensamento político moderno. Na sua *Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant não deixa dúvidas quanto à preponderância do Legislativo sobre o Judiciário. Pertence a Kant (*Metaphysik der Sitten*. Darmstadt: WBG, 1983, p. 431-432) a seguinte afirmação:

“Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz [...].” [Grifo nosso].

Até o final da Segunda Guerra, o mundo praticamente não conheceu jurisdição constitucional relevante e, sobretudo, não reconheceu força normativa às Constituições (BARROSO, 2014:240), com a confirmadora exceção do caso norte-americano.

Quando se conclui que boa parte da culpa pelo avanço do nazismo fora da ausência de freios às decisões majoritárias tomadas pelas instâncias políticas, se resolve, no pós-guerra, que a magistratura deveria poder aferir se os limites constitucionais dos direitos fundamentais e dos desígnios do poder permaneciam hígidos a cada decisão parlamentar e governamental,¹⁴⁰ o que é feito por meio da instalação de tribunais constitucionais – vitória de Kelsen¹⁴¹ –

¹³⁹ Não deixa de ser irônico o termo usado (*supremo*). Os itálicos são do original.

¹⁴⁰ Favoreau (2004:23).

¹⁴¹ Kelsen (2003), quando do debate com Carl Schmitt sobre quem deveria dizer o sentido da Constituição. As críticas que promove Schmitt a ideia do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição são extremamente interessantes (ver-se, por exemplo, *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007). Não aprofundaremos aqui suas posições porquanto, a uma, estão largamente abarcadas pelas críticas dos autores mais contemporâneos e, a duas, ele não era um defensor da supremacia parlamentar, ao

na Itália, Alemanha, Espanha, Portugal e tantos outros (NINO, 1997:258). O nascente controle de constitucionalidade, conferido na maior parte dos casos ao judiciário (lembrar sempre a França como ponto fora da curva), trazia consigo o germe do fim daquela primazia dos parlamentos em dizer o significado das leis e da própria Constituição.

Há muitos, contudo, que defendem até hoje a supremacia parlamentar na interpretação da Constituição. Provavelmente o mais conhecido detrator do ativismo judicial seja Jeremy Waldron.

Ele repele a possibilidade de um controle de constitucionalidade que permita ao judiciário invalidar uma lei num caso concreto, ou mesmo estipular, como se diria no modelo brasileiro, uma interpretação conforme a Constituição que dê um sentido à norma que o texto, *a priori*, não continha e que o legislador não cogitou adotar (essas seriam características de um “controle forte” de constitucionalidade – *strong judicial review*¹⁴²). Waldron defende que a

contrário, era um crítica. Para ele o guardião da Constituição deveria ser o presidente do *Reich*. Para um bom resumo do debate entre Kelsen e Schmitt, ver Batista (2015). Virgílio Afonso da Silva (2009:205-206) considera que não havia um embate real entre Kelsen e Schmitt, sobretudo porque o conceito de constituição a ser “guardada” e o “inimigo” de quem protegê-la não seriam os mesmos para os dois: “*Nesse sentido, percebe-se que o embate entre Kelsen e Schmitt é mais simbólico do que real. [...]*”

¹⁴² Em *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006), Waldron estipula uma definição do que seja um “controle forte de constitucionalidade”, contrapondo-o ao “controle fraco”: primeiramente, o controle forte tem como base material as leis decididas por um parlamento democraticamente eleito (e não as políticas públicas levadas a cabo pelo executivo ou mesmo as decisões de níveis inferiores do próprio poder judiciário). O controle forte existe quando uma corte tem o poder de não aplicar uma lei a um caso concreto, mesmo que a ela ela se destine claramente; ou quando pode dar uma sentido à lei, sob o argumento de resguardo dos direitos individuais, não pretendido pelos legisladores e talvez até mesmo em contradição com o texto em si do estatuto. Além disso, em sistemas em que vige o *strong judicial review*, a corte constitucional pode declarar uma lei inconstitucional, com efeito vinculante a toda sociedade para casos futuros. Numa forma fraca de controle judicial, a corte pode considerar que uma determinada lei não é adequada à defesa dos direitos fundamentais, mas uma tal consideração não leva, automaticamente, ao afastamento da norma do sistema jurídico; serve, antes disso, apenas de anúncio ao parlamento para que cogite alterar a lei (caso britânico). Também na *weak-form* o tribunal poderá buscar indicar uma, dentre as várias interpretações possíveis do texto, o que mantenham compatível com os direitos fundamentais (caso neozelandês). Também se consideraria, formalmente, uma forma fraca de controle judicial o caso canadense, em que há poder para a corte suprema decidir não aplicar uma lei por sua incompatibilidade com previsões da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), mas desde que o próprio parlamento não tenha se precavido e ali imposto a *notwithstanding clause*, que, quando presente, afasta um tal poder. Diz-se formalmente acima porquanto Waldron reconhece a raridade do uso efetivo desta cláusula na legislação do Canadá. Por outro lado, é de se reconhecer que a mera existência desta previsão tem o condão de mudar a postura dos magistrados quando têm à sua frente decisões sobre direitos fundamentais, ainda que haja um grande custo político para os legisladores colocarem em marcha esta cláusula (pela qual admitem, de certa forma, que estariam descumprindo a Carta de Direitos).

opinião mais relevante deve ser do parlamento, em homenagem ao princípio majoritário e à democracia. Ele considera que juízes não eleitos – e não controláveis popularmente – não têm legitimidade para decidir em última instância (dar a palavra final) sobre questões constitucionais que, no mais das vezes, são desacordos políticos não resolvidos no texto das constituições. Caso o façam, subtraindo a decisão do legislador, Waldron entende que a própria vontade popular estaria sendo atacada.

Como um defensor arguto do procedimento como forma de legitimar o resultado, ele entende que mesmo um produto positivo, ou seja, uma “boa” sentença (que seria aquela que satisfaria, no caso concreto, evidentes valores de justiça ou mesmo garantiria melhor, sem sombra de dúvida, os direitos fundamentais), não se justificaria e não deveria ser considerada legítima se tomada por juízes em detrimento da decisão da maioria parlamentar.

E, se seria ilegítima mesmo quando a decisão parece inequivocamente gozar de um bom conteúdo, o que dizer das sentenças que resolvem definitivamente temas altamente controversos na própria sociedade, como valores morais e melhores formas de implementar políticas públicas? Ora, nestes casos, Waldron, com ainda mais vigor, rechaça a ação do judiciário. Do que se poderia concluir que, para o autor, o direito à participação política, direta ou indireta, na tomada de decisões é supremo, não podendo ser mitigado em nome de seja o que for, mesmo que se trate de querer “boas” decisões ou defesas das minorias.¹⁴³

Em todos os casos em que haja desacordos razoáveis entre pessoas bem intencionadas que buscam resolver problemas constitucionais, Waldron defenderá que nada mais se pode querer além de um procedimento justo de tomada dessa decisão. Este percurso, ao seu turno, somente logrará êxito se basear-se no princípio da decisão majoritária, pelo qual todas as opiniões

¹⁴³ Richard Bellamy (2008:97) aponta, com certa ironia, que: *“for the ancient Greeks political participation formed an intrinsic part of citizenship. To enjoy the promise of civic equality that the status of citizenship holds out, all citizens had to play their part in the political process. Otherwise, instead of a situation of ruling and being ruled in turn, a citizen would simply be ruled. Indeed, our word ‘idiot’ comes from the Greek ‘idiotes’, a term used to describe someone who concentrated entirely on their private affairs to the neglect of the public realm. These days, though, most of us tend to be idiots in this respect.”*

gozam de mesmo valor e, portanto, se possa aferir um resultado que considere igualmente o direito do indivíduo de participar.¹⁴⁴

Em *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006), Waldron busca um argumento universal contra o controle de constitucionalidade judicial e o ativismo de magistrados.¹⁴⁵ Essa universalidade adviria da possibilidade de se o aplicar em qualquer sistema político em que haja a divisão de poderes e em que exista uma Constituição, não importando particularidades históricas, políticas e culturais. Sendo irrelevante, sobretudo, a forma como os juízes exercem o controle de constitucionalidade e sua atitude particular, se de autocontenção ou de desbragado ativismo. Ele deixa mais claro que sua maior objeção se dá contra o controle forte de constitucionalidade, o que talvez pudesse absolver as formas “fracas” (*weak-form of judicial review*), pois naquele o parlamento não poderia superar, de maneira alguma a interpretação judicial, nestas, sim. O controle de constitucionalidade seria justificável, ainda em algumas hipóteses: “*It may still be the case that judicial review is necessary as a protective measure against legislative pathologies relating to sex, race or religion in particular countries.*” (2006:1352).

Neste artigo, Waldron diz claramente que mesmo os defensores do *judicial review* admitem que juízes muitas vezes erram e que sua legitimidade para certas decisões é eivada de déficit democrático. Não se deveria exagerar, porém, tais problemas – dizem os defensores do controle judicial de constitucionalidade – até mesmo porque tais dificuldades não seriam relevantes frente à *tiranía da maioria* (2006:1348). A resposta destes, assim, seria que os problemas do *judicial review* seriam preços a pagar em alguns casos para que, em tantos outros, pudéssemos contar com boas sentenças que apenas um corpo, supostamente não sujeito às pressões políticas e (também supostamente) melhor aparelhado argumentativamente, poderia tomar em favor dos direitos fundamentais.

¹⁴⁴ É importante perceber que as decisões, nos tribunais, também são tomadas por maioria, o que faz com que os detratores da supremacia parlamentar em nome da última palavra judiciária tenham maiores dificuldades em criticar a tomada de decisões pelo princípio majoritário por esta razão em si.

¹⁴⁵ “*What I want to do is identify a core argument against judicial review that is independent of both historical manifestations and questions about its particular effects – the decisions (good or bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down.*” (2006:1351).

Waldron sustenta, contudo, que esta forma de decisão final não é adequada numa sociedade livre e democrática. O ideal de um regime democrático não conviveria bem com a necessidade dos parlamentos serem constantemente vigiados por juízes não eleitos. Neste ponto, de lembrar-se do termo, aparentemente cunhado por Alexander Bickel (1986:16-17), “dificuldade contramajoritária”, que sabia não ser fácil justificar o papel de defesa de direitos fundamentais por cortes que, ao fim e ao cabo, subtraem das maiorias parlamentares a decisão final sobre a aplicação jurídica. Países em que não se aceita o controle judicial de constitucionalidade têm sociedades que sabem ser a arena parlamentar o *locus* adequado para discutir e decidir sobre direitos.

Há exemplos que o levam a crer firmemente que os parlamentos são capazes, sobretudo quando suas decisões tem o condão de determinar cogentemente regras de conduta social, de realizar aprofundados debates sobre direitos e mesmo de garantir liberdades às minorias. Em sistemas em que há, por outro lado, o *judicial review*, os legislativos até poderão realizar bons debates, mas nada garante que suas resoluções permaneçam, pois sempre haverá a possibilidade de um juiz discordar e cassar, por diversos meios, o conteúdo da “sentença” parlamentar.

The Core of the Case centrará em dois aspectos principais a crítica ao controle judicial de constitucionalidade: a) que ele não permite à sociedade realizar o debate sobre as questões reais que envolvem a disputa por direitos, pois, entre magistrados, acabam prevalecendo pormenores como precedentes, textos e interpretação; e b) que é ilegítimo politicamente, pois as decisões na seara judicial, apesar de também serem tomadas majoritariamente (como no parlamento), o são por uma maioria extraída de um pequeno número de juízes não eleitos e não controláveis pela população, ferindo de morte o princípio representativo e de igualdade política na resolução de conflitos sobre direitos (pág. 1353).

Quando busca definir o que é a forma de controle judicial que lhe interessa aos estudos, Waldron traz quatro distinções de casos e tipos. A primeira, mencionada acima, é entre as formas forte e fraca de *judicial review*.

A segunda ordem de crivo entre as hipóteses de controle judicial focaria no tipo de hierarquia em que positivados os direitos fundamentais. O principal

propósito é ver que em muitos casos, como o norte-americano, os argumentos que são postos pelos defensores do *strong judicial review* para que tribunais decidam sobre direitos muitas vezes são utilizados, indevidamente, para que os tribunais também possam estipular a palavra final sobre temas relacionados à limitação dos poderes e competências, como as questões federativas – pois ambos, direitos e competências, estariam previstos na Constituição (Waldron lembra que *Marbury v. Madison*, marco do controle judicial, não versou sobre direitos individuais, mas sobre competências do Congresso Norte-Americano). Ou seja, ainda que houvesse bons argumentos a favor do controle judicial de constitucionalidade dos direitos fundamentais, isto não autorizaria as cortes a também dar a palavra final sobre, e.g., desacordos federativos entre Estados e União.

Uma terceira diferença seria entre controle de constitucionalidade do processo legislativo e controle de constitucionalidade após a sanção da lei. Para Waldron, o primeiro sequer merece o nome, pois nele o judiciário estaria agindo como mais uma câmara do Congresso. Ou seja, o único *judicial review* sobre o qual se dedica o autor a criticar é aquele que tem como objeto leis já promulgadas.

A quarta distinção se daria entre o que, no Brasil, tratamos por controle difuso de constitucionalidade, de um lado, e controle concentrado, de outro. Waldron crê que são muito diversas as capacidades de cada nível do judiciário para decidir casos com base em arrazoados fundados em direitos fundamentais. Cortes supremas, especializadas nisso, talvez tivessem melhores de condições de fazê-lo (ainda que considere isso controverso), o que certamente não é verdade para os níveis ordinários da magistratura, que têm de tratar do dia-a-dia com o conjunto de julgamentos de todos os ramos do direito comum.

Além destas distinções, Waldron também estipula quatro pré-condições para que a crítica que faz ao *judicial review* seja válida:

1- Que a sociedade em questão tenha instituições democráticas em bom funcionamento, com um parlamento eleito pelo voto adulto universal;¹⁴⁶

¹⁴⁶ Waldron (2006:1361) explicita o que seria este parlamento a garantir o bom funcionamento da democracia: ele seria um grande corpo com capacidades deliberativas, acostumado a lidar

2- Que haja um aparelho judiciário politicamente independente também em funcionamento real, com juízes não eleitos empoderados para julgar ações individuais e defender o Estado de Direito;

3- Que exista um compromisso da maioria da população e dos detentores de parcela do poder público com a defesa de direitos individuais, inclusive das minorias;¹⁴⁷ e

4- Que se verifique a ocorrência de desacordos de boa-fé, persistentes e substanciais, acerca da interpretação da extensão de direitos entre os membros da sociedade com eles comprometidos.¹⁴⁸

com difíceis questões valores. Os procedimentos de legiferância seriam elaborados e responsáveis e se guarneceriam de “salvaguardas”, como o bicameralismo, seguro processo de apuração de votos, vários níveis de apreciação, debate e votação. A existência de partidos políticos e a afiliação dos parlamentares também seria essencial, pois ela tem o condão de mobilizar em certas direções o próprio funcionamento do legislativo. De se notar que a maioria dos regimes políticos ocidentais estaria aí enquadrado, segundo Waldron, não se podendo querer tratar, apenas, de casos “perfeitos” ou em que jamais o parlamento vivenciasse vicissitudes. Ademais, é salientado que o autor não caracteriza o bom funcionamento do parlamento em razão de leis justas ou injustas que são produzidas, até pelo grau de subjetividade disso, ou seja, importa o adequado procedimento de feitura, não seu resultado. Diz Waldron (2006:1389): “[...] *our core case is not supposed to address situations in which the legislative and electoral systems are pathologically or incorrigibly dysfunctional.*”

¹⁴⁷ Diz Waldron: “*I have not sought to show that the practice of judicial review of legislation is inappropriate in all circumstances. Instead I have tried to show why rights-based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights*” (2006:1406). Creio que se devesse, no mínimo, colocar em dúvida se a primeira e a terceira condições estão presentes no Brasil. O parlamento brasileiro é eleito pelo voto adulto universal, mas sua representatividade é altamente questionável, sobretudo em função das distorções do poder econômico (retornarei ao tema adiante). Penso também que o nível de comprometimento da população brasileira com direitos individuais é bastante questionável. Pesquisa do Instituto Datafolha realizada em fevereiro de 2014 com uma amostragem representativa de 2614 pessoas (disponível em <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2014/03/1433561-brasileiros-preferem-democracia-mas-sao-criticos-com-seu-funcionamento.shtml>, acesso em 08/10/2015) apontou, por exemplo, que 31% dos entrevistados crêem que criminosos não são dignos de direitos humanos, que 21% são favoráveis à tortura para obtenção de provas, 26% são favoráveis à prisão de suspeitos sem ordem judicial, 22% concordam com dar poder ao governo para proibir a existência de um partido político – e veja-se que, para cada resposta, o restante do percentual não é necessariamente de pessoas com opiniões contrárias, mas boa parte é de gente que não tinha opinião. Na visão de Waldron, a ausência de uma ou mais premissas *poderia* ensejar o *strong judicial review*...

¹⁴⁸ Tais desacordos, evidentemente, não se esgotam em aspectos meramente interpretativos (mesmo que com as técnicas jurídicas) dos textos legais e constitucionais, mas remontam ao próprio âmago das divergências político-axiológicas não resolvidas no âmbito do direito positivo. Waldron dá esclarecedores exemplos de temas dessa natureza, que perpassam diversas sociedades modernas: aborto, ações afirmativas, legitimidade dos governos para promover a redistribuição de riquezas e a para intervir no mercado, direitos de suspeitos de crimes, conceito de tolerância religiosa, direitos culturais de minorias e regras de propaganda e gastos de campanhas eleitorais (pág. 1367). Tushnet (1999:14) vai na mesma linha, considerando o desacordo como inerente às sociedades humanas: “*Vigorous disagreement over what those [fundamental] principles mean for any specific problem of public policy does not*

Se qualquer destas condições não estiver presente, não valerá, também, a crítica que Waldron faz ao controle judicial forte de constitucionalidade, passando a ser legítimo, diz ele, a existência de um grau mais elevado de ativismo judicial. Se, por outro lado, estiverem presentes tais supostos, então não haveria razão para que as divergências sobre direitos fossem resolvidas por uma corte (o que afeta a legitimidade política da decisão em si), ao invés de um parlamento democrático.

Quando o parlamento de um país em que as pré-condições estão presentes toma uma esclarecida decisão sobre uma disputa de direitos, notadamente pela edição de uma lei, como se poderia sustentar que o judiciário cassasse tal decisão? Uns dirão que a corte somente poderia fazê-lo quando a lei violasse a Constituição, mas é um sofisma, posto que estamos a tratar exatamente de um caso em que a Constituição não definiu os limites de tal direito. Então a divergência que há, após a aprovação de lei, é exatamente acerca da violação ou não de direitos por esta lei. Waldron dirá, então, que o que se precisa é de um procedimento decisório que promova o acordo (decisão) necessário sobre o tema. Então, embora os cidadãos possam divergir sobre o conteúdo dos direitos em si, serão obrigados a convergir para legitimar uma determinada forma de tomada de decisão sobre a disputa. E aqui o autor perfaz crítica direta aos defensores do ativismo judicial:

[...] a normative political theory needs to include more than just a basis for justifying certain decisions on their merits. It needs to be more than, say, a theory of justice or a theory of general good. It also has to address the normative issue of the legitimacy of the decision-procedures that are used to make political decisions in the face of disagreement. A normative political theory that does not do that is seriously incomplete. (2006:1371, nota 65).

Jeremy Waldron diz que qualquer que seja o procedimento decisório escolhido, ele muitas vezes será falho em garantir “bons” resultados (substancialmente falando). Isso vale para a forma legislativa de decidir e mesmo para o *judicial review*. Ou seja, é possível que as pessoas aceitem

mean that we as a society have no fundamental law in common. I argue [...] that disagreements over the thin Constitution's meaning are best conducted 'by the people', in the ordinary venues for political discussion.”

resultados que consideram injustos porque concordam que são oriundos de procedimentos que consideram justos.¹⁴⁹ O problema estaria, se assim podemos resumir, em não ser provável que pessoas que discordam sobre o conteúdo de direitos consigam concordar sobre o que seria o conteúdo justo de uma decisão sobre eles – se é exatamente nisso que divergem. Mas os “substancialistas” do ativismo judicial insistem em que devemos favorecer o procedimento que melhor garanta essa quimera chamada decisão “boa”, “justa”, a “melhor decisão”. Saber de antemão que decisão seria a “correta” acaba com a chance de adesão ao resultado daqueles que, *a priori*, discordam dela. É por isso, dirá Waldron, que só podemos almejar um procedimento que seja considerado legítimo por todas as partes, sem que se saiba de antemão o resultado.

Haveria, ainda, argumentos “instrumentalistas” pró-resultado que não defenderiam “a resposta certa”, mas o melhor aparelhamento do judiciário, pela forma como está organizado (independência dos juízes em comparação com os legisladores, maneiras como os argumentos são defendidos pelos interessados em cada fórum, procedimentos internos de tomada de decisões). Waldron considera essa sorte de teses favoráveis ao *judicial review* mais sólida que as anteriores que buscam a “boa” decisão. Contudo, assevera que aqui está em jogo o princípio da autodeterminação, presente quando alguém, diante de uma decisão de uma corte sobre a amplitude de um direito fundamental, questiona (2006:1375):

How dare they exclude *my say* – disenfranchise *me* – from this decision, which affects me and to which I am subject?

¹⁴⁹ Tushnet (1999:31) adota argumento semelhante: “A populist constitutional law rests on a commitment to democracy, a commitment itself embodied in the Declaration’s principles. No one can guarantee that democratic processes will always yield results I agree with. Reasonable people can disagree with the judgments I make about what the Declaration’s principles require. Democracy is a way of resolving such disagreements without routinely risking severe social disorder. Of course if democracy regularly produced disagreeable results, or occasionally produced truly vile ones, I would rethink my commitment to democracy. But the simple fact that on some issues people would adopt policies— or constitutional interpretations— I disagree with is hardly bothersome. It establishes instead that if I care enough I ought to try to persuade people that a different policy would better advance the Declaration’s project.”

Waldron afirma não haver argumento conclusivo a demonstrar que “bons” resultados ou “decisões corretas” são mais prováveis no judiciário;¹⁵⁰ por outro lado, os argumentos que propendem ao procedimento mais legítimo conduzem, com algum grau de clareza, à seara legislativa como a adequada.

Ele elenca, além dos já mencionados, três argumentos que costumam ser prolatados a favor das cortes como searas em que há mais propensão às “boas” decisões (substancialmente falando):

O primeiro, que os debates sobre direitos apresentados perante os tribunais têm o formato de casos específicos. Waldron dirá que, quando se está a debater controle de constitucionalidade e, sobretudo, quando está em tela o controle concentrado, não mais podemos pensar em casos concretos e individuais, mas apenas em ações representativas da controvérsia jurídica de fundo, que em pouco ou nada serão avaliados em suas peculiaridades e idiosincrasias. Por outro lado, a formulação parlamentar teria boas condições de trabalhar os casos individuais, seja por *lobbys*, audiências públicas e nos debates entre os legisladores. Ademais, diz Waldron, muitas leis atualmente são prolatadas a partir de casos individuais que, por representativos, ganham notoriedade.¹⁵¹

O segundo argumento supostamente favorável é de que a abordagem do judiciário às questões que envolvem direitos é moldada pela referência a uma Constituição ou catálogo de direitos (*Bill of Rights*). Ainda que os membros de determinada sociedade divirjam sobre o conteúdo dos direitos em si, podem adotar – e costumam fazê-lo – enumerações positivadas destes direitos, que, quando acionada a estrutura de controle de constitucionalidade, certamente

¹⁵⁰ Isto adviria de demonstrações empíricas e argumentos sociológicos, tal como perceber que o distanciamento, como característica marcante do judiciário, pode não ser sempre útil para a tomada de decisões, posto que, em muitos casos, a alienação da realidade vivida por aqueles que pleiteiam em juízo é antes um mal do que um bem para a tomada de decisão. Igualmente, àqueles que apontam a incapacidade dos legislativos para lidar com direito e prover “boas” decisões, inclusive que resguardem as minorias, Waldron afirma ser isto um “*nonsense*” (2006:1378), pois a própria estrutura de eleição dos representantes e de tomada de decisões teria grande propensão a tomar em conta as diversas posições existentes na sociedade. A existência real de participação e de ponderação de interesses faria com que não se pudesse acusar as legislaturas de ausência de preocupação com os resultados deliberativos ou com uma atenção exclusiva ao procedimento majoritário.

¹⁵¹ São exemplos brasileiros, dentre tantos, a Lei Maria da Penha e a Lei Carolina Dieckmann, ou a alteração da Lei dos Crimes Hediondos para incluir o homicídio qualificado, com o caso Glória Peres.

serão reivindicados em seu conteúdo pelas partes em contenda. O problema aí, começa Waldron, é que a existência de textos canônicos contidos nas declarações de direitos faz com que os juízes se dediquem muito mais a tentar localizar teorias hermenêuticas e sentidos para as palavras, buscando sustentar suas posições de mérito sobre o tema em debate, do que sobre o mérito “moral” do tema em si.¹⁵² Ou seja, dizer-se que é bom que os juízes decidam com base nos direitos enumerados na Constituição, algo que poderia parecer bom, talvez não seja, exatamente porque faz com que o debate saia do seu devido foco, argumentará o autor. E o pior seria quando o *Bill of Rights* existe e não contempla um determinado direito expressamente, e.g., direitos sociais. Num tal caso, a corte tenderá a considerar que a omissão é proposital e dar mais relevância em seus julgamentos aos direitos individuais e desencorajar demandas por direitos sociais. Num parlamento, não se poderia dar tanto peso à omissão, pois ela sempre está aberta à colmatação.

E, por fim, o terceiro argumento favorável seria que o arrazoamento, justificação ou fundamentação tem um relevante papel nas deliberações judiciais. Contrapondo, Waldron primeiro diz que parlamentares também arrazoam seus votos, estando a fundamentação presente nos debates legislativos.¹⁵³ O problema é que os juristas estariam acostumados a só levar em consideração, ordinariamente, a fundamentação dada por juízes ao decidir, não por legisladores.¹⁵⁴ O jus-filósofo considera que a questão aqui talvez não afirmar que umas decisões são fundamentadas e outras não, mas de saber do nível de qualidade de cada arrazoamento. E quanto mais abstratos e temporalmente distantes forem os conteúdos lançados no *Bill of Rights*, mais a fundamentação da corte será um malabarismo hercúleo de história e de semântica e menos uma tentativa de justificação com base em questões políticas, morais e, inclusive, pragmáticas da sociedade.

¹⁵² “All I am saying is that the right of the Court to prevail in these circumstances in a disagreement with the legislature cannot possibly be based on the superiority of its moral arguments. The opinions of the Court are paragons perhaps of dense and complex doctrinal argument, and often they involve pyrotechnic displays of illtemper on questions of the interpretive strategies used by the justices. But they are risible as examples of moral deliberation. And, although I cannot show this here, I believe this is true of many cases in which the Supreme Court has overturned legislation.” (WALDRON, 2004:43).

¹⁵³ Esta fundamentação, inclusive, será um dos nossos grandes materiais de trabalho empírico.

¹⁵⁴ Erro que procuraremos não cometer.

A fundamentação das cortes também costuma dedicar grande energia, em sistemas da *common law* (e cada vez mais entre nós, caberia referir), aos precedentes. Gastam-se laudas e laudas comparando resultados e ponderações de julgamentos passados e discutindo, muitas vezes, se é ou não o caso de ultrapassar entendimentos pretéritos. E nisso se vai escapando do mérito dos direitos em questão.¹⁵⁵ Waldron crê que essa lógica advém do fato de que o judiciário sabe de seu déficit de legitimidade para decidir sobre questões morais controversas, então busca sustentar suas opiniões de fundo em Constituições, leis ou precedentes (veja-se que há, muitas vezes, uma decisão colossalmente relevante do ponto de vista moral sendo tomada, mas a justificativa dela não é dessa natureza). Em contraste, os legisladores, com muito menos amarras, tendem a pautar seus debates – suas fundamentações – pelo próprio mérito dos direitos em questão, indo diretamente ao ponto, o que enriqueceria, ao invés de empobrecer, o nível de justificação parlamentar em comparação com o judicial. E, por fim quanto ao ponto, Waldron diz que tanto cortes como parlamentos podem produzir más fundamentações; o problema é que o judiciário as produziria quando funciona adequadamente, conforme se espera dele (argumentando com base em precedentes, palavras doutrinas e outros legalismos), ao passo que os legislativos gerariam fundamentações inadequadas apenas quando funcionassem patologicamente, com maiorias imprudentes e descomprometidas com os direitos das minorias e com os debates, o que não é o comportamento usual e esperado de tais instituições.

Vencido o debate sobre qual poder tem mais ou menos propensão às decisões substancialmente melhores, Waldron parte para tentar compreender os procedimentos decisórios do judiciário e do legislativo em linha de garantia da legitimidade de suas respectivas conclusões. Em simples e inspirado trecho, Waldron (2006:1387) sintetiza o que considera como a teoria da legitimidade política:

We imagine a decision being made by certain process and we imagine a citizen C – who is to be bound or burdened by the decision – disagreeing with the decision and asking why she should accept, comply, or put up with it. Some of those who

¹⁵⁵ “*And all the time, the real issues at stake in the good faith disagreement about rights get pushed to the margins.*” (WALDRON, 2006:1383).

support the decision may try to persuade C that it is right in its substance. But they may fail, not because of any obtuseness on her part, but simply because C continues (not unreasonably) to hold a different view on this vexed and serious matter. What then is to be said to C? A plausible answer may be offered to her concerning the process by which the decision was reached. Even though she disagrees with the outcome, she may be able to accept that it was arrived at fairly. The theory of such a process-based response is the theory of political legitimacy.

Sempre que há desacordo na sociedade, um conjunto de pessoas (às vezes uma só) deve tomar uma decisão. Discutir legitimidade do processo decisório é querer saber, antes de mais nada, porque estas pessoas – e não outras – tomarão a decisão em nome de toda população. E isso não é suficiente para a legitimidade, porque aqueles que tiveram a decisão tomada em seu nome (sobretudo os contrários ao resultado) quererão que o procedimento pelo qual ela foi tomada tenha levado, adequadamente, em consideração seus pontos de vista, argumentando porque não devem prevalecer.

Em sistemas democráticos, sustenta Waldron, os parlamentos são instituições que conseguem responder bem às duas questões anteriores (seus membros são escolhidos em eleições livres e justas, em que o peso de voto de cada cidadão adulto é igual e o processo decisório que comportam é baseado no princípio majoritário, pelo qual vencem as opiniões sustentadas por, no mínimo, mais de metade dos votantes). O mérito da decisão majoritária não é muito discutido por Waldron, que considera ponto relativamente pacífico na teoria em razão de ser um procedimento neutro quanto às posições em disputa, tratar de forma igual os participantes do debate, dando-lhes, também, o máximo peso de voz possível. Então o autor compara estas condições decisórias com as de uma corte suprema: faz a esta as mesmas duas perguntas sobre legitimidade dos seus membros para decidir e acerca do procedimento decisório que privilegia um ponto de vista em detrimento de outro(s). A resposta, diz Waldron, é muito mais difícil e embaraçosa para o judiciário. Dizer que os membros das cortes supremas são indicados pelo executivo e aprovados pelo Senado não resolve, pois ainda que isso lhe confira certa legitimidade, ela é absolutamente fraca se comparada ao grau de

sindicabilidade direta que o voto popular proporciona aos legisladores. É, assim, uma questão de comparação do grau de legitimidade.

Já quanto ao procedimento decisório da corte, Waldron não crê viável a deferência ao princípio majoritário, pois os juízes não representam ninguém e, assim, não haveria uma necessidade de igualdade entre seus votos. Talvez até o contrário, fosse necessário matizar os resultados decisórios, pois atualmente o que se faz é derrotar integralmente posições muitas vezes sustentadas por quase a metade dos membros das cortes com argumentos frontalmente contrários aos vencedores (e lembremo-nos de que uma das grandes características que se usa para defender o *judicial review* é a suposta supremacia argumentativa e de persuasão do judiciário, que, neste caso, se perde completamente).

A decisão da corte pode, em alguns sistemas, ser superada, ultrapassada (*overrided*), por uma emenda ao *Bill of Rights*, mas isso não é um argumento favorável ao *judicial review*. Sobretudo, porque emendas à Constituição costumam ser realizadas por procedimentos que exigem uma maioria qualificada, que não é necessária para a decisão judicial (isso, se se estivesse comparando em pé de igualdade os fóruns decisórios). E, em sistemas como o brasileiro, devemos lembrar, decisões sobre direitos provavelmente serão consideradas tão pétreas como as cláusulas que supostamente os contêm, o que faz com que tais sentenças se tornem, na prática, indevassáveis até mesmo por Emenda Constitucional.

Ao fim, Waldron dedica-se àquilo que ele percebe como sendo um errôneo consenso acrítico acerca de pressuposta “tirania das majorias” na seara parlamentar. Parte-se, de antemão, em qualquer debate, da concepção de que as majorias parlamentares tenderiam sempre a oprimir as minorias, que somente teriam a chance de encontrar defesa de seus direitos fundamentais no judiciário. Tirania, diz o autor, é quando um direito é negado a alguém. O problema é que, quando há disputas sobre o significado de um direito – sua existência ou sua extensão – o lado que for derrotado em sua pretensão de sentido tenderá a considerar a decisão como potencialmente tirânica. A questão é que muitas vezes as instituições cometem erros ao interpretar direitos, erros comumente evidentes. Só que isso não é típico, apenas, de

parlamentos; cortes, talvez com a mesma frequência, também errem. *“Tyranny, on the definition we are using, is more or less inevitable”*, diz textualmente Waldron (2006:1396).

Assim, que possível tirania seria menos pior: aquela das cortes ou a dos parlamentos? Waldron, sem sequer entrar no mérito de que a corte também toma decisões majoritárias, afirma que a potencial tirania (negação de direitos) oriunda do legislativo é menos grave, pois, pelo menos, permite a participação igualitária daqueles que serão afetados pela decisão.¹⁵⁶ Ainda que seja evidente, o autor chama atenção para o fato de que muitas vezes as decisões das maiorias são corretas e, mesmo que contrariem as minorias, não suprimem dessas últimas direitos legítimos, liberdade ou bem estar. Às vezes, as minorias estão erradas sobre seus direitos. Ademais, diz, um dos pressupostos dos casos típicos considerados por ele é que a maioria da sociedade em análise tenha apego por direitos, inclusive os das minorias. Isso fará com que casos de abusos de direitos pelas maiorias sejam exceções em tais sociedades, não a regra (e lembremos que outro pressuposto é que os desacordos sobre direitos sejam de boa-fé, por pessoas que não estão auto-interessadas nos resultados diretos da contenda). Em suma, se a tirania das maiorias é algo com que devemos nos preocupar, a devida consideração acerca do seu significado nos conduz à conclusão de que ela é uma característica dos *“non-core cases”*, aqueles em que um ou mais dos pressupostos não está presente.

Waldron conclui sua defesa afirmando que as quatro pré-condições para a análise de casos de controle de constitucionalidade forte de leis não são nada irrealistas, como alguns detratores poderiam afirmar. Muitos exemplos de sociedades reais foram dados por ele. A despeito disso, quando uma ou mais das condições não se verifica, então os argumentos contra o controle judicial de constitucionalidade não se aplicam, aceita Waldron. Isso não conduz, por outro lado, à conclusão de que sempre, nestes casos, deverá haver uma tal

¹⁵⁶ E, quanto ao ponto, afirma Tushnet (1999:57): *“From anyone’s point of view, legislatures and the courts are bound to make constitutional mistakes. The real question is whether in general legislatures or courts make more, and more important, constitutional mistakes. And we must have a decent theory of constitutional interpretation outside the courts even to be able to pose that as a question.”*

palavra final do judiciário. Um judiciário tão corrupto quanto o respectivo legislativo não parece oferecer mais esperanças à sociedade de que ele é parte. Há argumentos que conduzem até mesmo à conclusão contrária: sociedades com legislativos de atuação distorcida (sem apego aos direitos das minorias, opressivos, não representativos etc.) teriam mais dificuldades para mudar seus corpos parlamentares exatamente quando há o *judicial review*, em razão da baixa necessidade sentida pelos legisladores para alterarem suas práticas, já que suas decisões têm a importância diminuída, inclusive aos olhos da sociedade que supostamente representam.

Em suma, se judiciário e legislativo podem tomar decisões substancialmente boas, mas somente o legislativo as toma legitimamente, não há porque querer o primeiro como fórum de escolha acerca de divergências sobre direitos.¹⁵⁷

Outro autor a defender a supremacia do parlamento é Adrian Vermeule. Ele sustenta não haver razões para crer que juízes tomem decisões epistemicamente melhores do que aquelas dos legisladores em matéria de direitos fundamentais. Ao contrário disso, chama essa crença de “falácia do nirvana”:

This sort of view generates an idealised picture or best-case scenario for judicial law-making and compares it to the worst-case scenario for legislative law-making. In an evenhanded comparison, the epistemic superiority of legislative lawmaking emerges under a broad range of conditions.¹⁵⁸

Os legisladores estariam melhor aparelhados para a tomada de decisões sobre direitos, pensa Vermeule.¹⁵⁹ Se juízes são mais apartados da realidade

¹⁵⁷ É como também pensa Tushnet (1999:186): “*Populist constitutional law returns constitutional law to the people, acting through politics. Just as judges can, the people can give wrong answers to important questions. Populist constitutional law offers no guarantees that we will end up with progressive political results. But, of course, neither does elitist constitutional law.*”

¹⁵⁸ Vermeule (2008:4).

¹⁵⁹ “[...] I defend the codified constitution, which results from the **epistemic superiority of legislatures to courts under a broad range of conditions, especially in matters of constitutional law. In the comparison [...] between current legislatures and current courts interpreting vague or ambiguous provisions of written constitutions – legislatures enjoy several major epistemic advantages.**” (VERMEULE, 2009:11, grifo nosso). “Constituição codificada”, em Vermeule, quer dizer que o parlamento decidiria sobre o sentido real da constituição por meio de leis, que especificariam o sentido das normas constitucionais sempre que estas fossem ambíguas ou abstratas, tais como os princípios. É um projeto

e, supostamente, menos sujeitos às influências externas em suas conclusões, eles perdem muito, por outro lado, em capacidade de cálculo e auto-responsabilização pelos resultados de seus julgamentos, exatamente em razão de não terem de prestar contas a ninguém. Vermeule diz que a principal necessidade de balanço em desenhos institucionais é, portanto, entre a liberdade de decidir, que têm os juízes, e a informação – ou conhecimento social – dos legisladores.¹⁶⁰

Vermeule defende, convicto de que não se sustenta o discurso da superioridade judicial na definição de direitos, a capacidade dos legisladores para dar a palavra final nesta matéria. Ele utiliza para defender sua tese, primeiramente, o Teorema do Júri de Condorcet.¹⁶¹ Em suma, tem-se que tal teorema advoga a maior capacidade de grandes grupos – e quanto maiores, melhor – tomarem “boas” decisões, desde que se utilize o princípio majoritário e que seja mais provável que cada pessoa logre, individualmente, decisões corretas.¹⁶²⁻¹⁶³

pensado para um modelo em que é difícil ou improvável emendar a constituição, como o do caso norte-americano. Seriam, para a doutrina brasileira, leis interpretativas da constituição, que o STF já considerou inviáveis por aqui (ADIn 2797). É evidente que tais leis, se aceitas, retiram da suprema corte grande parte da exegese constitucional; mas é exatamente isso que defende Vermeule.

¹⁶⁰ (2008:86).

¹⁶¹ Cass Sunstein resume tal teorema nos seguintes termos: “[...] *Para entender como funciona o teorema, suponhamos que várias pessoas respondam à mesma pergunta e que há duas respostas possíveis (correta e incorreta). Suponhamos também que a probabilidade de que cada pessoa responda corretamente supera os 50%. Com poucos cálculos, o teorema demonstra que a probabilidade de que a maioria responda de maneira acertada se aproxima de 100% à medida que o tamanho do grupo aumenta. Em poucas palavras, os grupos dão melhores respostas do que os indivíduos isolados e os grandes grupos dão respostas mais acertadas do que os pequenos, desde que se cumpram as duas condições: que a resposta da maioria “ganhe” e que cada pessoa tenha mais probabilidades de acertar do que de errar. Os especialistas em ciências sociais estenderam o teorema de Condorcet para perguntas com mais de duas respostas possíveis, visto que enquanto for mais factível que as pessoas escolham as respostas certas, a resposta da maioria tende a ser a correta quando o grupo for suficientemente grande.* [...]”

(http://www.miniweb.com.br/atualidade/tecnologia/artigos/sabedoria_maioria.html, acesso em 13/08/2015). Waldron menciona o teorema de Condorcet quando supõe as razões que seriam utilizadas pelos defensores do *judicial review* para sustentar o voto majoritário entre juízes constitucionais (WALDRON, 2006:1392). Esse, além de ser um argumento centrado em resultados (pois melhor seria o resultado por ser mais de um o votante), deixaria em maus lençóis a defesa do judiciário, pois o número de membros do legislativo é enormemente superior.

¹⁶² Não é pequeno o problema de transpor o Teorema de Condorcet, aplicável *a priori* a fatos, para questões morais, sobretudo porque talvez não se possa falar de verdades morais, como se pode tratar de verdades factuais (BARBER, 2010:818). Antes ao contrário: se estamos partindo do princípio de que há desacordos morais razoáveis, então, de fato, o Teorema perde

Na esteira do quanto relatado, uma segunda ordem de argumentos de Vermeule a favor dos legisladores é que seriam os parlamentos muito mais capazes de agregar informação e, se no nível individual pode haver inúmeros vieses e até radicalismos, quando da necessária simplificação para a tomada de decisão, os grandes grupos parlamentares acabariam por buscar pontos em comum, afastando os extremos do espectro e tendendo à “boa” decisão. As individualidades em parlamentos numerosos, em razão da maior multiplicidade de origem de seus membros se comparada com a pasteurizada formação e *locus social* dos juízes,¹⁶⁴ ao invés de reduzir, pelo contrário ampliariam muito a capacidade destes corpos de afastar os enviesamentos, justamente porque as miríades de opiniões extremadas tenderiam a se anular¹⁶⁵. Além disso, nos parlamentos a discordância é inerente, talvez até incentivada, pelas posições de situação e oposição políticas, o que ajuda a enriquecer os debates com pontos de vista diversos, evitando o efeito cascata (aderência à opinião inicialmente manifestada) e a deferência a uma determinada personalidade com autoridade, problemas tão comuns em deliberações de grupos. Ao contrário, nas cortes o dissenso muitas vezes pode soar como uma fraqueza,

força, pois o aumento do número de vozes (e votos) não conduz a um melhor resultado, mas no máximo ao resultado mais próximo ao do que pensa a maioria. Isso, ainda assim, não invalida em nada as alegadas vantagens democráticas da deliberação majoritária, mas somente afastam dela a presunção de ser mais propensa à resposta correta. Como disse Waldron em *“The Core of The Case Against Judicial Review”*, o pressuposto das instituições democráticas, tanto judiciário, quanto legislativo, é que podem dar respostas “erradas”, não sendo isto que as diferencia (mas sim o grau de legitimidade daquela que dá a última palavra).

¹⁶³ Vermeule (2009:54) não pasteuriza, contudo, a ideia de que sempre muitas mentes tomarão melhores decisões do que poucas. Ao contrário, ele problematiza bastante essa presunção, dizendo que ela só é válida em termos bastante estritos: “[...] (1) *‘Many minds’ is a slippery group, whose epistemic credentials depend n precisely who is included and excluded. (2) As the number of minds increases, the quality of minds may decrease endogenously, due to selection effects, incentives for rational ignorance and free-riding, and emotional and social influences. (3) There is an epistemic analogue to the iron law of oligarchy: many minds require the help of an epistemic agenda-setter and cannot speak or act except under the leadership of the few, which gives rise to epistemic chokepoints and epistemic slack. (4) In the legal system, one-many comparisons are rare, while many-many comparisons are ubiquitous.*”

¹⁶⁴ Vermeule (2009:6) vai ao ponto de propor que não apenas juristas, mas pessoas de outras áreas do saber fizessem parte da corte constitucional com vistas a melhorar a qualidade dos julgamentos.

¹⁶⁵ “[...] *The many current minds os legislators, aided by the epistemic resources and complex information-processing structures of modern legislatures, are epistemically superior to the collective wisdom of a line of a line of judicial precedents.*” (VERMEULE, 2009:6). Neste caso, o autor está rebatendo o argumento pedestre do *common law* (tese burkeana) de que julgamentos por precedentes são bons porque agregam a sabedoria de muitos das gerações anteriores.

pois com ele os juizes acabam admitindo que as leis e a própria Constituição não são claras, ou mesmo que algum deles não é tão hábil tecnicamente para encontrar a resposta “correta”.¹⁶⁶

Em suma, Vermeule quer uma corte constitucional (norte-americana) mais deferente ao parlamento e convicta de suas limitações institucionais. Isto é o que ele chama de uma “constituição codificada”, menos afeita à interpretação judicial com base em tradições, precedentes e *common law*, e mais de acordo com o texto promulgado pelo legislativo por meio de emendas constitucionais e de leis regulamentadoras:

My constructive program is to propose a legal regime that I will call *the codified constitution*. [...] The codified constitution means that statutes and constitutional amendments, rather than judicial precedents in the common-law style, will do the bulk of the work in [...] updating constitutional law under changes circumstances.”¹⁶⁷

Mark Tushnet, em texto já clássico (*Taking The Constitution Away From The Courts*, 1999), constrói sólidos argumentos contra o *judicial review*. Começa essa tarefa por demonstrar que o acesso à justiça constitucional nos EUA não é (mais) igualitário, mas sim privilegia o poder econômico em casos que envolvem, por exemplo, o direito à liberdade de expressão: “[t]he Court now devotes a fair amount of attention to protecting the commercial interests of businesses.” (TUSHNET, 2009:130). Isto demonstra uma mudança de realidade, pois, na década de 1960, a Suprema Corte (em tempos em que conhecida com a “Corte de Warren”) havia construído uma jurisprudência pró-liberdade individual de expressão, sobretudo em casos em que esta era utilizada contra o governo. Já em 1999, o tribunal havia se tornado uma corte neoliberal (*libertarian*), sustentando, por exemplo, que o direito à liberdade de expressão implicaria a inconstitucionalidade de leis que regulamentassem as doações privadas para campanhas políticas, atitude que contribuiu para impedir que se reduzisse (e inclusive para que se ampliasse) a influência do poder econômico nas eleições.

¹⁶⁶ BARBER (2010:829). De se notar que o constrangimento será tanto maior quanto mais o formato de decisão do Tribunal se aproximar do tipo “deliberação externa”, como veremos em tópico seguinte.

¹⁶⁷ Vermeule (2009:4).

Com base em Robert Dahl e Martin Shapiro, Tushnet então infere que a Suprema Corte costuma se perfilar ao lado das posições dominantes nas esferas políticas (executivo e legislativo), o que parece enfraquecer o argumento de que o judiciário tenderia a exercer o papel contramajoritário. Esta conclusão converge com os resultados de diversos estudos¹⁶⁸ que esclarecem o caráter marcantemente “político” dos juízes e dos tribunais constitucionais em especial.¹⁶⁹

O caráter do vínculo político, se de um lado não confere legitimidade e *accountability* aos magistrados, lhes é dado pelo processo de indicação às cortes superiores, com longo período de campanha entre políticos, uma indicação presidencial e uma sabatina no Senado.¹⁷⁰ É improvável que eles saiam ilesos disso e capazes de chegar ao posto sem qualquer pré-compromisso com determinados pontos de vista ideológicos (para supor o mínimo). Então, sintetiza Tushnet (1999:135): “[a]ll this means that judicial review is likely simply to reinforce whatever a political movement can get outside the courts.”

Logo, a independência dos juízes dos tribunais superiores é discutível, a começar pela forma como são escolhidos. Ela impede uma independência real entre os juízes constitucionais e a esfera política.¹⁷¹ “*Nomination politics are*

¹⁶⁸ Dahl (1957), Sunstein, Schkade e Ellman (2006), Robinson (2010).

¹⁶⁹ Ao discutir sobre o tipo de independência que teriam os juízes frente à política, Tushnet trata de aspecto que parece ser bastante diferente entre as práticas norte-americana e brasileira: “*We like to think that our judges are independent of political pressure. They are, in the sense that they rarely respond to telephone calls from political figures [...]*” (1999:134). É impossível não lembrar da famosa ligação telefônica entre o ministro do STF Gilmar Mendes e o então Senador Demóstenes Torres (saído do Senado em razão de ligações corruptas com doleiros), quando foram supostamente vítimas de uma escuta ilegal da Agência Brasileira de Informação (ABIn), em caso mal esclarecido até hoje.

¹⁷⁰ Aqui, trazendo à realidade brasileira, de se lembrar da incisiva ocorrência do hoje ministro Luiz Fux à atenção do ex-ministro da Casa Civil e processado perante o STF José Dirceu, que poderia ter influência em sua indicação ao cargo no Tribunal (ver artigo do jornal Folha de São Paulo “*Em campanha para o STF, Fux procurou Dirceu*”, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/81379-em-campanha-para-o-stf-fux-procurou-dirceu.shtml>, acesso em 08/10/2015). Também de se mencionar a sinceridade da ex-Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon, que escancarou a necessidade de indicações políticas para qualquer um que queira chegar ao Tribunal (ver, por exemplo, matéria “*Indicação ao STJ preocupa juízes*”, do jornal O Estado de São Paulo, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,indicacao-ao-stj-preocupa-juizes,471083>, acesso em 08/10/2015).

¹⁷¹ Em termos nacionais, poderíamos pensar num conjunto de outras interdependências naturalmente esperáveis do arranjo brasileiro, a citar como exemplo a necessidade de acordos entre a cúpula do judiciário e dos demais poderes acerca de aumentos e reposições salariais

politics, after all”, diz Tushnet (1999:152). Mais preciso seria, portanto, enxergar a corte como mais um ator político-governamental no arranjo norte-americano.

Outro aspecto que é tratado por Tushnet (1999:141) relaciona-se com os resultados das decisões judiciais. Para o que aqui interessa, é de se gizar que, segundo ele, há decisões que são vitórias jurídicas, mas derrotas políticas (nem todas, diga-se). Já aquelas que são vitórias, podem ser compreendidas como vitórias meramente ideológicas ou materiais. As primeiras trazem um novo patamar discursivo para as forças mudancistas, que buscam firmar avançados entendimentos sobre direitos na sociedade e que passam a ter, com a decisão judicial, um excelente argumento a seu favor. Já as vitórias materiais são aquelas capazes de mudar efetivamente a realidade. Como se depreende, tais tipos de vitórias não são excludentes; é possível que uma vitória ideológica também se transforme numa vitória política. Mas também ocorre de uma vitória judicial ser, por exemplo, apenas um avanço ideológico, como quando a Suprema Corte norte-americana considera inconstitucional a segregação racial nas escolas, mas isso não se transforma, *ipso facto*, em diminuição do racismo nos EUA. O ponto aqui contrário ao *judicial review* é que não se pode comemorar as vitórias (muitas vezes meramente ideológicas) que queremos, sem lembrar que nada garante que amanhã não teremos derrotas. E num ou noutro caso os resultados serão muito difíceis de alterar.¹⁷²

Além disso, Tushnet (1999:144) discute o quão fortes serão para alterar a realidade social aquelas decisões que confrontarem as maiorias existentes nas searas políticas:

[...] I offer an account of the Court's decisions that has enough going for it to undermine the view that the Court's decisions actually made a big difference for groups that could not secure their claims in the political arena. The idea, once again, is not

(veja-se reportagem do sítio G1 “*Dilma e Lewandowski discutem em reunião reajuste para o Judiciário*”, disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/dilma-e-lewandowski-discutem-em-reuniao-reajuste-para-o-judiciario.html>, acesso em 08/10/2015).

¹⁷² Essa cautela com os resultados efetivos das decisões constitucionais evidentemente não conduz, ato contínuo à conclusão de que as decisões parlamentares sobre direitos têm mais aplicabilidade social do que as judiciais. Contudo, é mais provável que tenham, pois, caso a representatividade do legislativo esteja a contento, então a decisão será um sinal de que a sociedade está demandando aquela solução e será, assim, mais propensa a agasalhá-la.

that judicial review is meaningless, but only that the differences it makes are rather small.¹⁷³

Como dito, decisões tomadas em controle de constitucionalidade pela Suprema Corte teriam pouca capacidade de mudar a realidade quando as condições sociais não estivessem fortes o bastante para garantir as mudanças. Numa soma entre os argumentos de Waldron e Tushnet, poder-se-ia supor que o judiciário não costume ser contramajoritário, mas que, quando age a favor das minorias não contempladas pelo legislativo (ou na sociedade, se este estiver com problemas de representatividade), suas decisões sejam inócuas (ou quase isso).

Tushnet (1999:152), agora seguro de que é extremamente difícil avaliar os resultados imediatos e mediatos, ideológicos e materiais, das decisões constitucionais – notadamente para cancelá-los de progressistas ou conservadores (Waldron¹⁷⁴ crê que há exatamente flutuações nas inclinações políticas das cortes constitucionais) – defende a necessidade de análises do controle de constitucionalidade, como parte do desenho institucional, que sejam neutras em relação às tendências substantivas das decisões. Independência e análise de casos concretos são dois argumentos comumente dados por defensores de que o controle de constitucionalidade é adequado ao esquema institucional de uma sociedade democrática.

Dada a controvérsia demonstrada acerca da capacidade da corte em melhor garantir direitos do que o legislativo e o executivo, Tushnet (1999:154) tece o seguinte cenário de provocação, supondo que (assim como o criou por decisão exclusivamente sua) a Suprema Corte emitisse o seguinte ato decidindo acabar com o *judicial review*:

In 1803 we launched a great experiment—judicial review. We believe the nation benefited from judicial review over the past two centuries. Today, however, the gains from further exercises of judicial review no longer exceed the losses. We have therefore decided to end the experiment in 2003. We will no

¹⁷³ Mais adiante, Tushnet (1999:146) repisa o argumento especificamente no caso *Brown vs. Board of Education*: “[...] it seems reasonably clear that we ought not celebrate the Supreme Court’s role in *Brown* as a strong demonstration of how the Court can bring about change on behalf of those who lack political power.”

¹⁷⁴ 2006.

longer invalidate statutes, state or federal, on the ground that they violate the Constitution.¹⁷⁵

E arremata perguntando (TUSHNET, 1999:154): “[...] *would taking the Constitution away from the courts make much difference to society or to the liberties of the American people?*” Inicialmente, o autor retoma seu argumento sobre a volubilidade ideológica da corte ao longo do tempo para concluir que a eventual supressão do controle de constitucionalidade de leis provavelmente não poderia ser mais comemorada por liberais do que por conservadores (e vice-versa). Os efeitos, diz, seriam pequenos para ambos. Uma consequência, todavia, seria inerente: as decisões constitucionais retornariam ao povo e às suas movimentações na arena política. O “direito constitucional popular” (*populist constitutional law*)¹⁷⁶ seria o único direito constitucional.

Duas possíveis objeções que surgiriam - irrazoáveis - são, de plano, fustigadas por Tushnet: a dos escritórios de advocacia (tanto de direita, quando de esquerda) que trabalham em causas que desaguam em questionamentos de constitucionalidade (que se oporiam por razões de auto-interesse evidentes); e também a daqueles que argumentariam que o problema das

¹⁷⁵ Mais adiante, Tushnet (1999:175) dirá, “acordando de seu sonho”: “*After all, the Supreme Court is never going to say it is going out of the business of judicial review. Judicial review is what makes the justices’ job interesting and gets their names in the newspaper. It is, in short, an important component of their power, and people with power rarely give it up willingly.*”

¹⁷⁶ Um resumo, que por ora é suficiente, é dado por Tushnet (1999:157) nos seguintes termos: “*Populist constitutional law rests on the idea that we all ought to participate in creating constitutional law through our actions in politics.*” Ele também (ibid., pág. 181) elabora um pouco melhor o conceito da seguinte forma: “*What is populist constitutional law? [...] I have described it as a law oriented to realizing the principles of the Declaration of Independence and the Constitution’s Preamble. More specifically, it is a law committed to the principle of universal human rights justifiable by reason in the service of self-government.*

—*Universal, because all men are created equal. As we will see, honoring the Declaration’s principles does not require us to overlook the racism and sexism that characterized the Founding generation. Indeed, acknowledging those flaws deepens the argument for populist constitutional law.*

—*Human rights, because people are endowed with inalienable rights.*

—*Justifiable by reason, because the Declaration’s authors thought an explanation was required by a decent respect for the opinions of mankind. Similarly, the Federalist Papers, written as a political tract but transformed by history into a fundamental constitutional document, begin by noting that the prospect of adopting the Constitution opens the possibility of creating a government “by reflection and choice.”*

—*And in the service of self-government, because governments derive their just powers from the consent of the governed.”*

E, por fim, assinala (ibid., pág. 182): “*Populist constitutional law [...] treats constitutional law not as something in the hands of lawyers and judges but in the hands of the people themselves. [...]*”

cortes é fruto de sua composição, da escolha malfeita de juízes. Estes últimos tendem a crer que as escolhas “bem feitas” são somente aquelas que colocam nos cargos juízes com quem concordam. O problema é que as pessoas em geral discordam entre si e, além disso, juízes não concordarão com elas em todas as questões. Ou seja, não há juízes “certos”, como não há opiniões “certas”, sobretudo em questões morais.¹⁷⁷

Tushnet considera que poderia ser bom, em tese, haver um controle de constitucionalidade que pudesse garantir, apenas, as condições para a existência do direito constitucional popular (pré-condições da democracia, para Ely), que seriam o direito à participação via voto popular, o direito de criticar o governo, o direito de privacidade para formação de pontos de vista divergentes (em relação aos do *status quo*) e a necessidade de lidar com crises reais, em que princípios constitucionais fundamentais sejam feridos pelas majorias parlamentares. Entre outros que menciona, o principal problema é que pedir aos juízes que exerçam o controle de constitucionalidade apenas com o fim de garantir as condições para o exercício do direito constitucional popular é ingênuo, pois logo em seguida eles estarão fazendo muito mais do que isso. Além disso, seria necessário o controle de constitucionalidade para garantir essas pré-condições?

Aqui, ao tratar da exclusão informal de minorias do direito ao voto, Tushnet (1999:159) faz importante distinção entre minorias que não podem defender-se (*discrete and insular minority*, no dizer do Justice Harlan Fiske Stone¹⁷⁸) e meros derrotados (por óbvio minorias, mas provavelmente eventuais) da arena decisória, em que sempre os perdedores são minorias.¹⁷⁹ Tais minorias que não podem defender-se são raras e improváveis em democracias em que as arenas parlamentares são compostas por votos proporcionais. Nelas, estas minorias podem barganhar seus objetivos por meio de diversos expedientes bastante conhecidos e eficazes da política. Minorias,

¹⁷⁷ Tushnet (1999:155-156) pontua que é bem mais provável, com base em evidências empíricas, que juízes decidam antes o resultado de suas posições para então buscar justificativas teóricas para as mesmas. Isto, por si só, demonstraria a impossibilidade de supor que haja, para qualquer questão constitucional, um resultado correto esperando para ser prolatado pelo juiz correto. Ademais, sempre haverá teorias constitucionais para sustentar quase qualquer posição com considerável grau de credibilidade.

¹⁷⁸ United States v. Carolene Products, 304 U.S. 144, 152–53 n. 4 (1938).

¹⁷⁹ Ele baseia seus argumentos em John Hart Ely, *Democracy and Distrust*.

assim, conseguem avanços em seus pleitos e nem sempre são derrotadas. Logo, conclui Tushnet, o controle de constitucionalidade judicial pouco pode fazer para resolver o problema da exclusão formal de eleitores (pois ela basicamente não existe em democracias) e talvez também não possa fazer muito pela chamada exclusão informal das minorias, porquanto o arranjo político sozinho lida bem com tal problema. Por outro lado, se levarmos longe o argumento das exclusões informais, diferenças econômicas devem ser consideradas como fortes empecilhos ao livre direito ao voto, então se poderia chegar à conclusão de que as cortes devem agir para garantir a igualdade econômica. Ainda que sedutora, tal proposta parece longe da realidade e das competências normais do judiciário, notadamente no ambiente norte-americano.

Como se vê, partir-se de uma tarefa aparentemente razoável e minimalista de que a corte constitucional deve garantir o livre direito ao voto pode levar-nos longe o bastante para concluir que não haveria limites tangíveis e claros à atuação do tribunal. Resume Tushnet (1999:160):

[...] In principle judicial review ought to be available to guarantee the preconditions for populist constitutional law such as voting. But if we follow that principle we are likely to get judicial review that is really small, dealing only with formal exclusions and pariah groups, or really big, dealing with informal exclusions resulting from economic circumstances. The theoretical approach we began with generates quite contradictory results in particular cases **depending on how expansively the judges understand the approach**. [Grifo nosso].

O argumento é reproduzido, com nuances, para os direitos de livre manifestação do pensamento e de privacidade, também pré-condições do direito constitucional popular. Igualmente nesses casos a corte pode tomar sua missão para produzir muito mais do que, *a priori*, se gostaria quando conferido o suposto mandato.

Por fim, quanto aos casos de crises reais, em que se trate de graves opressões contra direitos fundamentais, é fato que a corte teria um papel relevante a desempenhar neles. O problema é que eles não são frequentes e que, enquanto não aparecem, a corte não ficará parada. Ao contrário, ela

acabará exercitando seu poder de invalidar leis e o fará, como de fato faz, em casos menos graves – e até mesmo nos não-graves. Logo, o custo para se ter o controle de constitucionalidade de leis em casos graves é aceitá-lo em casos ordinários, e esse custo é considerável. Ademais, diz Tushnet (1999:163), são sérias as dúvidas quanto à capacidade de efetividade de um controle de constitucionalidade em casos realmente graves (ele cita a improvável resistência de uma corte constitucional aos oficiais nazistas – isso se ela não estivesse, efetivamente, alinhada com os objetivos genocidas do governo). Ao fim, a decisão sobre manter ou não o *judicial review* para casos graves deveria se dar contrabalançando o custo de tê-lo ordinariamente com o improvável benefício de ele ser útil nas situações extremadas.¹⁸⁰

Em resumo, não se pode querer justificar a existência do controle judicial de constitucionalidade em função dos resultados que ele possa produzir, seja porque não há consenso sobre tais resultados, seja porque não há juízes perfeitos. E, ademais, não há também como limitar o *judicial review* a quaisquer que sejam as pré-condições para o direito constitucional popular (o mesmo se poderia dizer da democracia), porquanto, uma vez que lhes seja dado o poder de invalidar leis, ele será definido em seus contornos pelos próprios juízes. Ao final, o custo de ter o controle da constituição sendo feito por juízes parece não compensar o benefício improvável de que eles possam ser os defensores de direitos fundamentais em casos em que as maiorias parlamentares ajam de forma tirânica.

Tushnet, então, passa a gizar a possibilidade (óbvia?) de existência de direitos constitucionais sem a correspondente existência de controle judicial de constitucionalidade. E, neste ponto, rechaça mais um argumento pró-controle judicial de constitucionalidade: aquele que defende a posição da corte constitucional como educadora da sociedade para os direitos fundamentais. Primeiramente, a linguagem jurídica, com suas tecnicidades, usada nos casos abordados, prejudicaria, *per se*, a compressão do público. Ademais,

¹⁸⁰ Numa passagem de reflexão mais ampla sobre como realizar o bom desenho institucional, Tushnet (1999:106), na mesma linha de pensar o “normal” ao invés do “extraordinário”, diz: “[...] *What mattered to [James] Madison, and should matter to us, is how the political system will probably operate in the ordinary course: not how it will act at its infrequent best, not how it will act at its infrequent worst, but how it will act on a moderately bad day.*”

haveria diversas outras formas e instituições para se aprender sobre direitos fundamentais, reduzindo a importância dessa função do judiciário. A atenção da sociedade num contexto em que não houvesse o controle judicial de constitucionalidade seria focada na própria Constituição e isso, por si só, seria altamente educativo (politicamente).

Há uma passagem marcante da diferença de realidades entre Brasil, em que direitos sociais são constitucionais e fundamentais, e EUA, em que a inserção dos mesmos no rol de direitos constitucionais parece, para muitos, uma aberração. Um dos grandes argumentos contrários à constitucionalização dos direitos sociais nos EUA é a impossibilidade de a corte constitucional deferir-los em casos concretos, ao que Tushnet responde com o fim do *judicial review* e com a competência exclusiva do parlamento para modular a efetivação das políticas públicas para a garantia de tais direitos. As dificuldades aventadas com a inserção constitucional de direitos sociais por lá não são muito diversas das efetivamente enfrentadas por aqui.¹⁸¹ Tushnet considera que direitos sociais funcionariam como diretivas da ação de legisladores e administradores do executivo, que teriam obrigação de agir para a maior efetivação possível de tais direitos, inclusive para sobrepô-los a gastos militares, por exemplo (é assim no Canadá, em que a Seção 1 da *Bill of Rights* dá expressamente ao parlamento a possibilidade de limitar direitos na medida do razoável numa sociedade democrática).

Há uma objeção comum, oposta ao legislativo, quando trata de direitos fundamentais e de questões federativas, diz Tushnet, que é o problema do auto-interesse. Deputados e senadores teriam menos legitimidade para decidir quando o que estivesse em jogo fossem temas que lhes pudessem atingir

¹⁸¹ “Like the Supreme Court, most constitutional scholars in the United States shrink in horror at the idea of constitutional social welfare rights. The argument is simple: Any serious constitutional right must be enforced by the courts, and the courts cannot effectively enforce social welfare rights. What sort of order would it take, for example, for a court to guarantee that everyone had a job or adequate housing? A nation might have a public housing program. If a court held that the program did not satisfy the constitutional requirement of adequate housing for all, how could it prescribe a better program? And, even if we can somehow imagine what a court might say, implementing the court’s order would be really expensive. In the end, we would have the courts running everything— raising taxes and deciding how the money should be spent. Some people think we have all too much of that today, but the problem they see would be much worse if we constitutionalized social welfare rights.” (TUSHNET, 199:169).

diretamente.¹⁸² O legislativo teria uma tendência, afirmam os céticos, a querer sempre ampliar seus poderes. O acadêmico não discorda de tal problema, contudo, vislumbra-o com o mesmo grau de intensidade nas decisões tomadas pelo judiciário:¹⁸³

There is a common intuition that Congress cannot be trusted to protect either individual rights or federalism issues because of its self-interest. That, it is said, would be like setting the fox to guard the chicken coop. But the Court is a fox too. Even if the Court makes good faith efforts solely to enforce the limits the Constitution places on Congress, its interest in maximizing its power will induce it to err on the side of limiting Congress too much. Those who assume that the Court will act in good faith to enforce the Constitution seem, in this context, unwilling to assume that Congress will act in good faith. Somehow Congress's power-maximizing interests are thought, not simply to operate alongside of, but to displace its good faith; I know of no reason to adopt that assumption with respect to Congress but not with respect to the courts.¹⁸⁴

O judiciário, diz a história, precisou de poucos anos para lograr, via interpretação (*Marbury*), que ele daria a palavra final sobre a Constituição (ainda que isso não estivesse escrito em lugar nenhum). Que maior ampliação de poderes se poderia cogitar?

Outro argumento pró-controle judicial de constitucionalidade seria o de que o judiciário é mais afeito aos precedentes e que, por isso, melhor garantiria a estabilidade do sistema jurídico (segurança jurídica). Tushnet (1999:28) objeta dizendo que cortes estão sempre dispostas a superar precedentes¹⁸⁵ e que, por outro lado, parlamentos agem em muitos casos com base em interpretações passadas que já “funcionaram”. Ademais, não se deveria

¹⁸² No Brasil, há quem sustente teoria oposta: de que o bom seria obrigar congressistas e chefes do executivo a utilizar o Sistema Único de Saúde e matricular seus filhos em escolas públicas exatamente para que eles decidam sobre tais questões com base no auto-interesse.

¹⁸³ Ao que, novamente tomando a realidade brasileira em conta, poder-se-ia trazer o exemplo dos aumentos salariais (sejam os explícitos, sejam os não tanto, como foi o caso do recente auxílio-moradia dos juízes deferido contra texto literal da Constituição que prevê, no Art. 37, o conceito fechado de “subsídio”).

¹⁸⁴ (TUSHNET, 1999:199, nota 58).

¹⁸⁵ Basta pensar no caso brasileiro, melhor esclarecido adiante, na posição do STF sobre quem decide finalmente sobre a perda dos mandatos parlamentares, em que a jurisprudência variou duas vezes em menos de um ano. Também de se lembrar da interpretação sobre a reunião – ou não – de processos perante o STF em casos de conexão entre pessoas com e sem foro privilegiado. Os precedentes cedem diante da composição do Tribunal e da conjuntura política colocada (sem maiores considerações ao “direito como integridade”).

subestimar a inércia do legislativo para decidir muitos assuntos, que pode ser um forte indício de que, quando vem a decisão, ela tem uma tendência a vigor por muito tempo. Ou seja, não seria fato provado o maior grau de estabilidade sistêmica real dado pelo controle judicial de constitucionalidade somente por causa dos supostos princípios que o regem. A empiria não pode ser desconsiderada no caso.

Em capítulo dedicado à análise das capacidades e incentivos do parlamento (norte-americano) para bem interpretar a Constituição, Tushnet (1999) percebe que há prováveis problemas na forma como hoje o legislativo pouco considera a lei maior em suas decisões, pelo menos expressamente. Isto ocorreria porque o desenho institucional talvez não seja adequado, porque o grande número de membros e a forma como são feitos os debates não privilegiam a retórica de princípios fundamentais muitas vezes abstratos, mas sim manifestações mais retumbantes que tenham chances de ecoar na grande mídia. Além disso, a maioria dos legisladores (que, no Brasil, chamaríamos de “baixo clero”) simplesmente adere às posições de suas lideranças partidárias e mesmo de lobistas.¹⁸⁶ Todos estes aspectos contribuiriam para a baixa profundidade e mesmo raridade dos debates sobre direitos fundamentais.

O que Tushnet questiona, contudo, é se isto não ocorre exatamente porque há uma Suprema Corte alocada no desenho institucional para cumprir este papel, sendo que os legisladores sabem disso e agem com a certeza de que suas posições sobre direitos não serão, em todo caso, as definitivas. “[...] *We really cannot know how Congress would perform if the courts exited, if Congress does badly because the courts are on the scene [...]*”, reflete o professor (TUSHNET, 1999:55). A suma dos rescaldos produzidos pelo que Tushnet chama de beiral judicial (*judicial overhang*), que são os efeitos produzidos na análise constitucional do legislativo (e de todos fora das cortes) pela só noção da existência de um controle judicial “superior” de constitucionalidade, está em produzir parlamentos que (1) não se responsabilizam pela interpretação da Constituição,¹⁸⁷ (2) que aprovam leis de

¹⁸⁶ De se gizar que o *lobby*, nos EUA, é atividade regulamentada.

¹⁸⁷ Maurizio Fioravanti (*Costituzione e Popolo Sovrano: La Costituzione Italiana nella Storia del Costituzionalismo Moderno*. Bologna: Il Mulino, 1998, pág. 20), *apud* Souza Neto e Sarmiento (2013:159), afirma que “*uma Constituição livre da política pode corresponder a uma*

conteúdos muitas vezes desfigurados para buscar contornar um determinado entendimento do tribunal constitucional, (3) que distorcem a discussão parlamentar em função daquilo que já disse a corte sobre a constitucionalidade ou não de um determinado direito. O outro lado da moeda do atual funcionamento parlamentar, contudo, diz com uma instituição com membros eleitos pelo povo e que se preocupam mais diretamente com problemas políticos que estão colocados para a sociedade no momento.

Um motivo que muitos alegam para que o legislativo não deva interpretar em última instância a Constituição diz com a baixa qualidade – intelectual, moral etc. - dos seus membros (novamente trazendo a atenção ao Brasil, citariam Tiririca, Frank Aguiar ou Clodovil – talvez tantos mais). Ocorre que o mesmo se poderia dizer de muitos dos juízes da Suprema Corte (e, certamente, de alguns ministros do STF). Além disso, um único juiz tolo seria capaz de causar muito mais prejuízo do que um único deputado ou senador com a mesma característica.

Há quem alegue que legisladores só estão preocupados com sua reeleição e com problemas imediatos, ao passo que a Constituição lida com temas de maior estatura e de efeitos sociais de longo prazo. Contudo, quem estuda o funcionamento parlamentar, diz Tushnet (1999:65-66), percebe que não é apenas reeleição que move os congressistas, mas também a vontade de efetivar boas políticas públicas, de fazer a diferença e de ser respeitado pelos pares – e tudo isto pode levá-los a uma considerável atenção aos direitos fundamentais. Além disso, tratar de direitos também pode ser uma boa forma de colocar-se diante de determinadas parcelas do eleitorado. A despeito disso, é possível dizer que a preocupação com os direitos constitucionais é de uma minoria dos representantes. Isto, por seu turno, pode ser explicado, pensa Tushnet, exatamente pelo *judicial overhang*, que acaba por não exigir dos legisladores a postura de quem é o guardião da Constituição.

Essa pouca atenção dos legisladores – e do povo em geral – com a Constituição poderia vir, diriam alguns, em função da diferença de situações suposta por Bruce Ackerman (TUSHNET, 1999:68), uma sendo a dos

política livre da Constituição”, no exato sentido dessa primeira consequência arrolada por Tushnet.

“momentos constitucionais” (*constitutional moments*) e outra sendo a da “política ordinária” (*ordinary politics*). Na primeira situação, as pessoas saíam de seu cotidiano para pensar em direitos e nas grandes e duradouras aspirações da sociedade; por óbvio, são circunstâncias raras e difíceis de produzir. O restante do tempo o povo – e seus representantes, por decorrência – se preocupam com o curto prazo e com as questões mais pedestres. Contudo, ainda que certamente sejam diferentes as decisões tomadas em cada situação, nada faz inferir que umas sejam necessariamente melhores que outras por isso, diz Tushnet.¹⁸⁸

E, se o raciocínio dos defensores do *judicial review* poderia ser, acima, de que são sempre melhores as decisões tomadas nos “momentos constitucionais” (mais abstratos do que a política do dia-a-dia), também se pode cogitar deles assumindo o contrário: que são as cortes que efetivamente lidam com a vida real e com os casos concretos, e não o legislativo, que decide leis em abstrato. Aqui não é necessário repisar largamente a resposta dos que defendem a supremacia legislativa, já dada por Waldron, de que tribunais, quando decidem sobre direitos fundamentais, resolvem, sim, com base num caso concreto, mas o fazem com vistas à generalidade de casos em que o mesmo direito esteja em questão, e o fazem também em geral com efeitos *erga omnes* análogos aos das votações do parlamento.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Um bom resumo das diferenças, em tese, entre os resultados de ambas as situações é dado por Tushnet (1999:69) nos seguintes termos: “*Legislators in ordinary politics are deeply embedded in the realities of public life. Interest groups make them acutely aware of the impact their proposals will have on daily life. They can make intensely practical judgments about the likely outcomes of policy proposals. Judge Mikva observed that constitutional rights are abstract and general. But there are costs to abstraction too. When the people during constitutional moments make abstract decisions, they are unaware of how their choices will actually affect people. Acting in ignorance they may make mistakes about the costs and benefits of the rights they create, or may misunderstand how those costs and benefits will be distributed. Judgments in ordinary politics can be distorted by special interest group pressures or by excessive self-interest. Judgments made during constitutional moments may be distorted as well, by excessive enthusiasm at the prospect of developing rational rules that will permanently solve fundamental problems of social order. The general point is that decisions made in constitutional moments are different from, but not necessarily better than, decisions made during ordinary politics.*”

¹⁸⁹ No caso brasileiro, podemos dizer, inclusive, que a análise de casos concretos inexistente ou é mero substrato material para a decisão abstrata sobre a interpretação constitucional. Isto é verdade para as ações diretas e ADPFs (pois nelas sequer há lide, quanto mais caso concreto) e para os recursos extraordinários, que devem demonstrar a repercussão geral (ou seja, exatamente a abstração) de seus méritos. Não é diferente o tipo de julgamento de massas no caso dos recursos repetitivos, em que o Tribunal toma caso(s) que ela, arbitrariamente, considera representativos ou paradigmáticos da controvérsia jurídica (novamente abstrata) para tomar suas decisões. Em suma, não há muita chance, no Brasil, de se tentar emplacar o

Se todos estes argumentos procedimentais convencerem os defensores do controle judicial de constitucionalidade, diz Tushnet (1999:70-71), estes arguirão, porém, que o povo – e seus legisladores – não está comprometido com os direitos fundamentais. Por isso seria necessária uma corte constitucional para garantir a aderência da sociedade a estes direitos. Tushnet, além de não acreditar que esse desprezo seja verdadeiro, considera o argumento extremamente antidemocrático, senão inútil, porquanto, se for tão grande a ojeriza a direitos, dificilmente o judiciário, como já demonstrado acima, será capaz de resolver sozinho o problema.

Legisladores, tal como os escolhemos, são pessoas com motivações mistas entre o auto-interesse e o interesse público, diz Tushnet (1999:97), com base nas ideias de James Madison, nO *Federalista*. Para ser eleitos e reeleitos, os parlamentares devem defender os interesses dos seus eleitores, o que poderia gerar o tipo de opressão das maiorias sobre as minorias que se desejaria evitar no constitucionalismo. Então que entraria em cena o sistema de freios e contrapesos, a exigir que apenas largos consensos, inclusive entre poderes, fossem capazes de fazer aprovar leis. Assim, os parlamentares teriam incentivos a fazer leis razoáveis, sob pena de não fazer nada – e isto é muito pior aos seus anseios de prestação de contas junto aos seus constituintes. Logo, não se poderia imputar, de antemão, uma característica anti-minorias aos resultados das maiorias parlamentares, ainda que se possa ver em muitos de seus membros tais posições. Além disso, é perceptível uma sensação atual, entre muitos dos teóricos do Direito Constitucional (inclusive entre os progressistas, poder-se-ia dizer), de receio quanto à vontade popular, talvez até de convicção acerca de sua incapacidade de decidir acertadamente.¹⁹⁰ Tushnet (1999:177) trata desse fenômeno como o medo do voto:

Liberals today seem to have a deep-rooted fear of voting. They are more enthusiastic about judicial review than recent experience justifies, because they are afraid of what the

argumento favorável à supremacia judicial por ela ser mais capaz de analisar casos concretos que o legislativo.

¹⁹⁰ No Brasil, uns trariam à tona temas como a redução da maioria penal, direito à aquisição de armas e pena de morte, em que ampla maioria da população adota posicionamentos contrários ao pensamento progressista e que, por seu turno, encontrariam guarida apenas no judiciário.

people will do. They ask the courts to review legislation adopted by popular initiative and referendum more aggressively than statutes legislatures adopt. They shudder at the prospect of a constitutional convention at which the people would think about redesigning the structure through which we govern ourselves. [...]

O professor, então, menciona a “Doutrina das Questões Políticas” (*Political Questions Doctrine*), pela qual a Suprema Corte Norte-Americana decide que um determinado objeto de controvérsia constitucional tem nos outros poderes (legislativo e executivo) a palavra final, não devendo o judiciário interferir na interpretação constitucional nestes casos.¹⁹¹ É uma situação em que a supremacia judicial entra, de certa forma, em conflito com a supremacia “deferida” aos outros poderes, ainda que tenha como pressupostos tratar-se de uma “questão política” (com todas as dificuldades de definir o que seja isso na prática). O ponto que Tushnet questiona é se qualquer – ou somente algumas – possíveis decisões de cada problema serão respeitadas pelo judiciário como sendo “políticas”, ou se somente as que não forem absurdas (pelo seu olhar) o serão. Ao que, com base nas experiências reais do Senado dos EUA, Tushnet (1999:106) conclui que o que se pode esperar de casos tais são decisões razoáveis na interpretação constitucional.

Parece que um bom resumo do entendimento daqueles que defendem a palavra final com o parlamento é que creem na substância; porém, não na substância de “boas” decisões a que seriam mais propensos os juízes, e sim no debate sobre a substância, algo que é plausivelmente divergente na própria sociedade e que somente na decisão democrática do legislativo se poderia resolver pela regra da maioria. Não se poderia chamar de meramente procedimentalista o argumento a favor dos parlamentos, portanto, mas sim de um ponto de vista que defende a incerteza quanto ao conteúdo correto da

¹⁹¹ Não se deve confundir com os atos discricionários na jurisprudência brasileira, seja porque aqui o judiciário entende que pode aferir a constitucionalidade destes atos “quanto aos aspectos formais”, seja porque o âmbito de casos deferidos à Doutrina das Questões Políticas, como é entendida nos EUA, é muito maior do que o que o judiciário brasileiro reserva aos demais poderes como “inaferível”. Ver Bispo (2014). Um exemplo de questão *interna corporis* não passível de discussão pela via judicial, segundo a jurisprudência do STF, são as decisões do presidente da Câmara dos Deputados pela rejeição da abertura de processo por crime de responsabilidade contra o presidente da República (Mandados de Segurança nºs 20941, 21754, 30672, 32930 e 33558). Também sobre decisões *interna corporis*, ver voto do ministro Celso de Mello na ADIn 1635.

decisão. Zurn (2007:5) denuncia, no que aqui parece caber, o papel paternalista e antidemocrático que teria a corte ao manter a palavra final sobre adjudicação constitucional contra as maiorias legislativas:

[...] as the decision-making processes of courts exercising constitutional review do not allow citizens to understand themselves as involved in a common venture of self-government with their fellow citizens – appointed, life-tenured judges using legal methods for decision do not generally consider the people's own opinions about where their best, real, or true interests lie – those processes are objectionable because paternalistic. On this formulation, then, the ideal of democracy concerns the self-government of a collectivity; democratic processes must somehow allow each citizen the equal satisfaction of being engaged in a common venture of self-government with others; judicial review, as it doesn't allow this, is paternalistic and so undemocratic.

Em casos extremos (os defensores da supremacia judicial sempre argumentarão com o nazismo), ter no tribunal a palavra final simplesmente não resolve, afinal, são casos extremos e, neles, vive-se apenas a política, no seu sentido mais violento. Lembremos sempre do que disse Maus (2000:195-197) sobre o contexto alemão:

O posicionamento da grande maioria dos juizes alemães contra o Parlamento, a política partidária e mesmo organizações de interesse social começou a ser delineado desde o início do século XX. [...] Os juizes sentiram-se afrontados não só socialmente como funcionalmente, reagindo com irritação à exigência de atuarem como meros "serviçais das normas", não só as do Código Civil de 1900, mas sobretudo as da legislação extravagante de teor "políticopartidário". Nesse interesse corporativo convergiam liberais, a esquerda e a conservadora Associação dos Juizes Alemães. [...] Assim, ambas as correntes exigiam maior liberdade dos juizes frente à lei: os teóricos do Direito Livre postulando abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção, e os protagonistas da Associação dos Juizes, que redefiniram o conceito de "vinculação à lei", colocando esta à disposição da ambicionada flexibilização do direito. No decorrer do desenvolvimento de tais posturas, a Associação abdicou paulatinamente de sua reserva a compreender-se como organização de defesa de interesses profissionais, enquanto os adeptos do Direito Livre objetivaram a condição de "juiz-rei", que atua *legibus solutus* bem como destaca-se por um tipo "especial" de remuneração. [subsídio?] [...] As exigências

formuladas perante a Justiça do sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela Justiça antes de 1933.¹⁹²

Em tempos de exceção, a experiência germânica – e também a brasileira das diversas ditaduras - provam que não podemos contar com juízes para nos salvar.¹⁹³

¹⁹² E segue: “Mesmo o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social no direito nazista — que possibilitaram suspender toda regulação legal singular em prol de determinações “superiores” — foi expressão da ideologia de que o povo alemão comporia no nacional-socialismo uma comunidade de povos na qual as antigas divisões de classe e conflitos de grupo estariam superados. Também nesse sentido manifestou-se uma verdadeira autoconsciência da Justiça alemã, como na declaração de ‘total fidelidade’ a Hitler por parte da direção da Associação dos Juizes Alemães em 19 de março de 1933:

‘O juiz alemão foi desde sempre consciente, nacionalista e responsável [...], sempre decidiu segundo a lei [!] e sua consciência [!]. Oxalá possa a grande tarefa de construção do Estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união!’

Assim é que a ciência jurídica alemã saudará, no interesse de uma prática jurídica consistente, que o nacional-socialismo tenha construído um ‘sistema de valores unitário’, o qual encerrou a anterior concorrência social de sistemas de valores diferenciados, tratando esse ato como uma confirmação das funções da Justiça antes de 1933: Essa

‘[...] integração jurídica [...] formava um sistema de valores com fundamento geral nos bons costumes, no sentimento de pensadores equânimes e justos [...] que, mesmo em tempos de neutralidade de valores, seria capaz de incutir, por meio de uma atitude nacional-conservadora, uma boa dose de saudável sentimento popular em um povo doente. [...]’

O antipositivismo e o antiformalismo primários da doutrina nazista corresponderam à lógica de tais descrições funcionais. A aplicação correta do recém-criado direito nazista — supondo que este contivesse ainda ‘diretivas’ aplicáveis à Justiça — teria representado somente um obstáculo menor ao desenvolvimento do terror judicial do sistema nazista. Discriminações motivadas politicamente no tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma ‘lei’ qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo, aparece nas ‘Cartas aos Juizes’ nacionalsocialistas, com grande coerência, a personalidade dos juizes como uma importante garantia para a ‘correta’ jurisprudência, cujas tarefas ‘só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta’; a magistratura deveria representar a ‘elite nacional’. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o ‘juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo’. As ‘Cartas aos Juizes’ também tinham em vista a elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente ‘das muletas da lei’, sustentando também que o juiz era visto como ‘auxiliar direto da condução do Estado’. Na realidade, revela-se aqui na forma de sua completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Esse processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. É nesse contexto, em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, que se formula esta bela máxima: ‘O juiz é a corporificação da consciência viva nacional’.

¹⁹³ Belas as palavras de Learned Hand, um conhecido juiz norte-americano (*The Spirit of Liberty*, 189, 190, 3d ed. 1960, *apud*. FRIEDMAN, 1993:682): “**Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it. While it lies there it needs no constitution, no law, no court to save it.**” [Grifo nosso]. Também Rawls (1997:109) reflete

1.5 Porque secundarizar a angústia pela última palavra

Não podemos ser a favor ou contra o controle judicial de constitucionalidade a depender da inclinação ideológica desta ou daquela composição do tribunal constitucional, isto não seria uma postura democraticamente defensável, mas apenas oportunismo. O mesmo se diga para uma determinada legislatura em questão ou mesmo para as ondas ideológicas da população. O desenho institucional deve ter a maior probabilidade possível de funcionar em qualquer ambiente ideológico que aceite o pressuposto democrático. Waldron (2006:1350) e Tushnet (1999:121) chamam a atenção, não obstante, para o fato de que os críticos do *judicial review* costumam ser aqueles que estão discordando do mérito das decisões numa determinada quadra da história.

O conjunto substancial de críticas ao controle judicial de constitucionalidade vistas na Seção anterior faz com que muitos adiram à defesa da supremacia legislativa na interpretação da Constituição. Note-se, porém, que, mesmo dentre os defensores da alocação da palavra final no parlamento, há quem aceite que o judiciário tem um papel relevante a desempenhar, como Tushnet (2008) quando fala do *weak judicial review* (ver também o item 2.1.2.4 da Seção 2.1 do Capítulo 2, abaixo), aportando determinados pontos de vista peculiares, que contribuem com o produto final da adjudicação constitucional. Ou seja, mesmo que concordemos, como política e filosoficamente concordamos neste trabalho, com a organização institucional que dê ao poder legislativo a última manifestação em cada rodada procedimental (e.g. o caso do modelo canadense), não se advoga a supressão do controle de constitucionalidade judicial, como será melhor explicitado na Seção 2.2.

bem sobre o assunto: “[...] Now admittedly, in the long run a strong majority of the electorate can eventually make the constitution conform to its political will. This is simply a fact about political power as such. There is no way around this fact, not even by entrenchment clauses that try to fix permanently the basic democratic guarantees. No institutional procedure exists that cannot be abused or distorted to enact statutes violating basic constitutional democratic principles. [...]”

Conquanto isso, o desenho procedimental do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade deu ao Supremo Tribunal Federal o alinhamento de cada rodada procedimental¹⁹⁴, isso é inegável. Ainda que esta seja uma última palavra provisória (MENDES, 2008:166), ela tem um enorme relevo jurídico-político na conformação dos produtos da engrenagem adjudicatória. Como esclarece Mendes (2008:44):

[...] Dependendo de cada constituição, haverá um nível decisório “último, porém provisório” (legislativo ou judicial), além do qual não há recurso institucional adicional, exceto pelo reinício do processo, numa nova rodada procedimental. O foco no “último nível” é destacado pelas teorias da última palavra. A percepção de uma inevitável e permanente circularidade, por outro lado, decorre de uma sensibilidade temporal mais sofisticada das teorias do diálogo. O prisma temporal insere um regime político numa perspectiva diacrônica e ajuda a enxergá-lo como um empreendimento infinito de longo prazo, não apenas um conjunto de “momentos decisórios” isolados do soberano.

Esta perspectiva de enxergar a dinâmica de interpretação e decisão sobre o sentido da Constituição em espaços de tempo mais dilargados, percebendo com isso um “eterno diálogo” entre os poderes, é apenas uma das possibilidades de materializar o conceito do que seria um diálogo constitucional (é melhor explanada no item 2.1.2.3 da Seção 2.1 do Capítulo 2). Outra forma de enxergar o diálogo, que é aquela sustentada neste trabalho, quer saber da efetiva troca de argumentos, no âmago de cada rodada procedimental, entre as instituições encarregadas de conhecer e explicitar o conteúdo da Constituição.

Sob este prisma, continua sendo relevante saber onde está alocada, em cada sistema jurídico, a “última palavra provisória”, pois ela certamente é determinante dos resultados da interpretação constitucional. No Brasil, como dito, ela foi dada ao STF e, quanto a isto, restam duas hipóteses: pedir por uma nova Constituição (pois é pouco provável que o próprio Supremo aceitasse uma Emenda Constitucional tal qual a proposta pela PEC 33/2011), ou construir argumentos para democratizar o produto das decisões que são

¹⁹⁴ “O conceito de ‘rodada procedimental’ [...] [r]efere-se ao circuito decisório entre os poderes até chegar a uma decisão final. Este caráter ‘final’, porém, é também relativo e não escapa de uma inevitável provisoriedade, pois o mesmo tema pode renascer no domínio da deliberação política posteriormente, em intervalos maiores ou menores.” (MENDES, 2008:13, nota 37).

tomadas neste modelo institucional. Aqui, adotamos esta última, sem descartar a justiça e legitimidade dos que sustentam a primeira.

Não se trata de propor qualquer espécie de teoria da interpretação a ser utilizada pelos ministros do STF. Manifesto grande ceticismo quanto a qualquer chance real que se tenha de balizar o comportamento decisório de um magistrado que não deve satisfação (pelo menos formal) a ninguém e que não tem mais qualquer degrau da carreira a galgar. Mas parece possível exigir – e penso que o atual sistema jurídico mesmo já o exige (ver Seção 2.4 do Capítulo 2) – que haja um determinado perfil argumentativo nas decisões tomadas no Supremo Tribunal Federal quando está a manietar a validade de normas aprovadas pelo Congresso Nacional.

Como é possível depreender, e isso ficará mais claro ao longo da leitura deste trabalho, o conjunto de preocupações com uma suposta “soberania do judiciário”, explanadas nas Seções anteriores, pode legitimamente levar à defesa da soberania do legislativo, ou pode, como é o caso aqui, conduzir à tentativa de expurgar do processo de apropriação da Constituição qualquer soberania que não seja a do povo.

E, alfim, talvez não seja demais pôr em reflexão o grau de certeza que possamos ter quanto à existência, entre nós, das quatro pré-condições para que a crítica que faz Waldron ao *strong judicial review* seja válida (conforme visto na Seção supra), notadamente quanto à higidez de nossas *instituições democráticas* e o *compromisso da maioria da população e dos detentores de parcela do poder público com a defesa de direitos individuais, inclusive das minorias*. Ausentes que estejam, não nos levam, *ipso facto*, ao controle judicial forte de constitucionalidade, mas também não tornam confortável deferi-lo, irrefletidamente, ao Congresso Nacional.

2. Decisão compartilhada? As teorias do diálogo constitucional como resposta à preocupação com a última palavra

[...] a “single” authoritative decision-maker cannot possibly be one person. It is an institution, located [...] in one building in Washington, D.C. But if a “single” decision-maker can be a group of people who work in one building, why can’t a “single” decision-maker be a group of people who work in two buildings— the Supreme Court building and the national Congress across the street?¹⁹⁵

[...] in constitutional government the ultimate power cannot be left to the legislature or even to a supreme court, which is only the highest judicial interpreter of the constitution. Ultimate power is held by the three branches in a duly specified relation with one another with each responsible to the people.¹⁹⁶

No âmbito dos estudos constitucionais recentes, cada vez mais se fala em “diálogos constitucionais” (*constitutional dialogue*), “justiça dialógica” (*justicia dialógica*), controle de constitucionalidade dialógico (*dialogic judicial review*) e mesmo “diálogos institucionais” (este último o conceito mais encontrado no Brasil).¹⁹⁷ A palavra *diálogo* é fecunda, a ponto mesmo de ser considerada por Boaventura Santos como uma chave para o multiculturalismo dos direitos humanos com os “diálogos interculturais”.¹⁹⁸ É possível, também, pensar em diálogos constitucionais da forma proposta pelo professor Marcelo Neves (2009) em seu *Transconstitucionalismo*, em que as cortes de múltiplos níveis buscam “racionalidade transversal” com outras experiências de jurisdição dos direitos fundamentais mundo afora. Contudo, do que aqui se trata é o diálogo que ocorre entre os poderes (notadamente o legislativo e o judiciário de uma mesma ordem jurídica) com vistas a estabelecer o sentido de uma determinada Constituição e, de forma mais específica, dos direitos fundamentais e normas de balizamento e limitação do poder que ela regula.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Tushnet (1999:29).

¹⁹⁶ Rawls (1997:109).

¹⁹⁷ Silva (2010), Barroso (2014). Tremblay (2005:618) afirma: “[...] the idea that some form of dialogue, discussion, communication, deliberation, or discourse may confer legitimating force on political authority and decision making has been a recurrent theme in contemporary legal, political, and social philosophy. [...]”

¹⁹⁸ SANTOS (2001).

¹⁹⁹ Tal como esboçado por Waldron (2004:7): “In idealized representations of constitutional systems that make provision for judicial review of legislation, one sometimes hears reference to the possibility of meaningful and fruitful dialogue between the legislature and the higher

A ideia de diálogo é prenhe de anseio pela mitigação da importância de uma palavra final, ou seja, é a busca de uma síntese construtiva das diversas posições sustentadas por aqueles que querem a supremacia do parlamento, do judiciário e, até, do povo²⁰⁰, ainda que não se possa afastar, de todo, a existência de uma instância que encerrará a rodada procedimental. Para definir, inicialmente, o que pode hoje ser considerado, no Brasil e no mundo, como sendo “diálogo constitucional”, dissecaremos a literatura especializada.

2.1 A tipologia das teorias dialógicas de Bateup

Partimos da obra da Christine Bateup (2006), que buscou aplacar de forma abrangente um amplo conjunto de teorias, até mesmo contraditórias entre si, e que podem ser albergadas sob a alcunha de “dialógicas”. Assume-se em todas elas, de plano, que o judiciário não tem ou não deve ter o monopólio da interpretação judicial. Assim, quando está em prática o controle de constitucionalidade, os juízes devem entrar em uma conversação dialética com outros atores constitucionais.

O grande problema que pode ser atacado pelas teorias do diálogo constitucional é a falta de legitimidade democrática do judiciário para dar a palavra final, sem que, por outro lado, sua opinião e participação sejam suprimidas da interpretação sobre os direitos fundamentais. Ao invés de o judiciário buscar sua legitimidade na substância (ademais, sempre discutível) de suas decisões, com as teorias dialógicas é da possibilidade de resposta dos demais poderes e do próprio povo que adviria a eventual manutenção das sentenças.

judiciary. The idea is that the assembled representatives of the people in all their diversity (regional, political, moral, ethnic, cultural, etc.), might fruitfully converse on issues of rights with the small and comparatively homogenous panels of judges that we find in the higher courts, particularly if these courts are empowered to review the constitutional acceptability of the statutes that the diverse and electorally accountable representatives assembled in the legislature have enacted.”

²⁰⁰ Mendes (2009:3) resume bem o espírito da época: “[t]heories of dialogue have different versions, but it is important, first, to notice their affinities and how they contrast with theories of last word. There are two common denominators: the refusal of a juricentric and monopolistic view of constitutional interpretation, which should be practiced by all the branches; the rejection of a last word, or, at least, that a constitutional court might have it thanks to the mere formal existence of judicial review.”

Bateup (2006:1111) percebe uma profusão recente dos debates acerca das teorias do diálogo constitucional, sobretudo, em função de países como o Canadá, que apenas nas últimas décadas adotaram Cartas de Direitos Fundamentais (*Bills of Rights*), o que faria com que, em ambientes de supremacia parlamentar, o papel do judiciário fosse, neste novo contexto, de um protagonista em ascensão, disposto, portanto, a “conversar”. Além disso, haveria mecanismos que preveriam uma resposta parlamentar às decisões judiciais sobre direitos, o que certamente funcionaria como incentivo à disposição dialógica dos tribunais. A autora, ao se propor a analisar as diversas teorias do diálogo constitucional, aponta claramente que sua busca é por aquelas que contemplem as propostas normativas mais promissoras para a teoria constitucional, ou seja, trata-se de uma busca, em si, normativa. Que seguiremos.

As perguntas propostas por Bateup para organizar a análise são: se as teorias são capazes de entregar os resultados a que se propõem, resolvendo a objeção democrática ao *judicial review* (usualmente uma das mais fortes contra a supremacia judicial); e se elas provêm uma visão normativa atraente (no sentido de “consistente”) do papel do controle judicial de constitucionalidade no âmbito do constitucionalismo democrático. Ela avisa de antemão que sua pesquisa mostrou serem as mais promissoras aquelas que chamou de teorias do equilíbrio (*equilibrium*) e da parceria (*partnership*), que em sua opinião são melhores por comportar um adequado papel ao judiciário, sem, contudo, dar-lhe primazia. Bateup entende que as premissas destas teorias poderiam ser fundidas, gerando um considerável avanço na compreensão sobre o papel que os vários atores podem ter na interpretação constitucional.

A pesquisadora (BATEUP, 2006:1113) percebe a emergência, no âmbito norte-americano, de uma verdadeira obsessão acadêmica em razão do pretense déficit de legitimidade democrática da Suprema Corte para proferir a última palavra em matéria de interpretação da Carta Política. Se ela é uma preocupação desde o séc. XIX, com Bickel e sua dificuldade contramajoritária (mencionada alhures), nos anos 1960, essa questão ganha ares de assunto

central na teoria constitucional estadonidense.²⁰¹ Mas não só lá, em diversas outras partes do mundo, cada vez mais acadêmicos se debruçam sobre a necessária reconciliação do judiciário (do constitucionalismo?) com a democracia – o que, penso, em muito pode ser explicado pela própria ascensão do modelo de controle judicial de constitucionalidade a partir da segunda metade do séc. XX.

Uma linha de teórica que busca guarnecer a atuação judicial sob o manto democrático vem das vertentes substancialistas, que manejam o próprio conceito de democracia para justificar a palavra final por juízes não eleitos, tecendo prescrições acerca da necessária discricção, contenção ou minimalismo no trato com os temas de direitos e interpretação constitucional em geral. Bateup crê que não foram felizes e nem eficazes tais teorias (diríamos que a profusão ainda existente e cada vez maior de trabalhos sobre o assunto é a maior prova desta constatação).

Um ponto de partida parece relevante e necessário: há desacordos morais razoáveis sobre a implementação de direitos fundamentais e, se é que há uma resposta certa (em nível filosófico), ela não está clara e facilmente acessível a nenhuma instituição política, nem mesmo uma corte.²⁰² O ponto é como aceitar a resposta que seja dada por alguma das instituições disponíveis. Por que o judiciário? Por que não uma instância mais democrática e com processos de deliberação mais inclusivos?, pergunta Bateup.

Ela mostra que, além da dificuldade contramajoritária,²⁰³ em si, problemas outros surgem com o controle judicial de constitucionalidade. Um deles, já mencionado por Tushnet (pág. 124), é o da deferência do legislativo

²⁰¹ Barry Friedman, menciona Bateup (2006:1113, nota 10), escreve trabalho com o sugestivo título de *“The Birth of an Academic Obsession: The History of the Contramajoritarian Difficulty”*.

²⁰² Cruz (2009:21-22) diria que “muito menos uma corte”, quando se tratar do juízo sobre a colisão entre direitos fundamentais: “[...] a questão central não é a de que devemos ponderar em abstrato ou ponderar em concreto: o problema é que não devemos ponderar! [...] a ponderação de valores traz consigo riscos enormes para a democracia, eis que, bem além do perigo de juízos irracionais e decisionistas, tem-se ainda a ameaça de uma ditadura judicial – e no sentido não apenas de uma ditadura de juízes, mas uma ditadura na qual os juízes dão um ‘verniz’ de legitimidade aos atos dos governantes sejam eles quais forem”.

²⁰³ Como apontado no Capítulo 1, não é tão razoável afirmar que as cortes, ao declararem a inconstitucionalidade de leis (e de Emendas Constitucionais, como no caso brasileiro), hajam de forma contramajoritária. Essa “inverdade” pode advir do alinhamento mais geral do Tribunal às tendências políticas percebidas na sociedade ou no executivo, ou mesmo do fato de que muitos parlamentos são compostos de forma tão distorcida, em termos representativos, que acabam por ser uma representação de minorias poderosas.

às interpretações do judiciário sobre direitos, fazendo com que o parlamento se “apequene” e mesmo deixe de produzir aprofundadas discussões sobre o significado dos valores constitucionais. Seria uma tendência de enfraquecimento democrático conforme o tempo passasse e os demais poderes fossem se abstendo de interpretar a Constituição. Além disso, tratar-se-iam, no dizer de Tushnet,²⁰⁴ de uma distorção política (*policy distortion*) as escolhas produzidas pelo parlamento quando restringidas por aquilo que pensa da Constituição a corte constitucional; nestes casos, não haveria a devida consideração legislativa de aspectos como justiça e equidade das políticas públicas.

As respostas teóricas a estas angústias, aponta Bateup, quiseram enquadrar o âmbito de atuação judicial àquilo que poderia ser considerado válido diante dos valores democráticos. Isto foi tentado por diversas correntes apoloéticas do *judicial review*. Uma primeira seria a dos originalistas (assim conhecidos dos EUA), que calçam o poder de interpretar a Constituição nos juízes desde que eles se atenham, o mais possível, à vontade dos constituintes. Um segundo ramo teórico aceita que os juízes deem sentido aos direitos fundamentais, uma vez que o objetivo maior da Constituição – e da democracia - seria proteger as minorias das majorias (Dworkin).²⁰⁵ Outra linha seria a seguida por John Hart Ely, com sua “*representation-reinforcing theory*”, para a qual a ação do judiciário na interpretação final da Constituição só se justificaria exatamente quando garantisse as próprias condições da democracia, corrigindo as disfunções do processo político; nesta não haveria, portanto, a defesa (presente de Dworkin) de valores constitucionais substantivos.

Diversos contra-argumentos surgiram na teoria constitucional sobre tais posições, muitos deles expostos na Seção 1.4 do primeiro Capítulo. Não há, de plano, como sustentar a existência de limites jurídicos à ação dos juízes, pois eles mesmos é que interpretam tais limites. Uma postura autocontida é, acima

²⁰⁴ *Apud* Bateup (2006:1115, nota 19).

²⁰⁵ Um excelente resumo do (reduzido) valor de democracia para as teorias substantivistas é encontrado em Nino (1997:194): “[...] es el valor de los derechos [en las teorías sustantivas] el que confiere valor a la democracia. Cuando la democracia fala em reconocer esos derechos, ella no tiene ningún valor. Cuando los derechos son reconocidos, ella es irrelevante, dado que ya conocemos los derechos que le dan valor. [...]”

de tudo, uma vocação subjetiva, uma vontade do juiz-indivíduo (que pode, ademais, mudar a qualquer momento ou em qualquer processo). Os originalistas não conseguem sustentar o que fazer quando houver dúvidas acerca da vontade do poder constituinte originário; os substancialistas, que consideram haver uma “resposta correta”, não conseguem estipular porque seriam os juízes melhor paramentados para tratar de direitos (Tushnet, como visto, discorda que sejam) e, ainda que fossem, qual seria o método infalível para encontrar uma tal resposta. A teoria do reforço representativo (*representation-reinforcing*) não consegue demonstrar como evitar que julgadores façam juízos substantivos quando buscam, apenas, garantir as pré-condições democráticas (mesmo argumento dado por Tushnet, como mencionado à pág. 119).

Diante do alegado insucesso das defesas da supremacia judicial (ainda que a visão de Ely seja de uma supremacia mitigada, restrita ao campo das pré-condições democráticas), é possível enxergar as teorias do diálogo constitucional não exatamente como contraponto, mas até mesmo como forma de tentar garantir espaço, dentro da democracia, à jurisdição constitucional. Assim, ao invés de propor critérios para que os juízes realizem a interpretação constitucional, focam a atenção ao procedimento de tomada das decisões, que deve ser realizado em conjunto pelo judiciário e demais poderes. Como sumariza Bateup (2006:1118):

[...] This approach holds the potential to resolve countermajoritarian concerns because of its recognition that non-judicial actors play a key role in constitutional interpretation. Specifically, the concerns that judicial review necessarily sets judges against the electorally accountable branches of government are greatly attenuated if the political branches are able to respond to judicial decisions with which they disagree.

A ideia de diálogo também se baseia no fato de que, talvez, as decisões da corte não sejam tão “finais” assim. Isto porque dependeriam de realização na prática, o que, em muitos casos, não ocorre como o prolatado. Também porque as sentenças são questionadas, seja explicitamente, quando outro dos poderes a critica na esfera pública, seja de forma implícita, em que o parlamento aprova leis que, à primeira vista, afrontam a decisão do judiciário (é

o que houve, no Brasil, por exemplo com o caso Lei nº 12.875/2013 em relação ao julgamento das ADIns 4430 e 4795). Há situações de grande desacordo em que o receio de retaliações faz com que o tribunal modifique sua interpretação.²⁰⁶ Como todos estes limitadores, assume Bateup, é um tanto fora de contexto a defesa feita pelas teorias da interpretação como se a atuação judicial realmente resolvesse, em definitivo, os problemas constitucionais de fundo.

Há casos de países em que o desenho institucional previsto (muitas vezes na própria Constituição) estipula a possibilidade de os demais poderes suplantarem (*override*) a decisão da corte constitucional. E aqui é inolvidável – e muito notória – a “*notwithstanding clause*” da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), pela qual o legislativo federal (bem como os das unidades federadas) pode aprovar leis que, num primeiro olhar, feririam algum dos direitos fundamentais contidos na Carta (ou que pudesse assim considerar a corte), bastando para isso apenas que manifeste explicitamente estar utilizando esta cláusula. Esta seria uma válvula de escape pela qual os legisladores poderiam corrigir (prévia ou incidentalmente) posições do judiciário sobre interpretação constitucional. A Carta Canadense cria, ainda, uma segunda dificuldade para o judiciário declarar inconstitucionalidades: ela inverte o ônus e exige que a corte demonstre que a lei questionada estabelece limites irrazoáveis ao exercício dos direitos, como previsto na Seção 1:

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

É certo que raras vezes os legislativos utilizaram a *notwithstanding clause*, mas a sua só existência é um aspecto decisivo na forma como atuam os poderes no Canadá. A corte sempre sabe, ao julgar, que tem o dever de bem fundamentar seus julgamentos, além de agir com parcimônia, sob pena de

²⁰⁶ Ocorreu isto nos EUA, quando Roosevelt, contrariado pela Suprema Corte em suas posições “estatistas” sobre o New Deal, ameaçou ampliar o número de juízes – que seriam por ele nomeados, no chamado “*Court Packing Plan*”. O resultado foi um giro de 180º, passado o judiciário a assegurar as medidas vindicadas pelo governo.

ter sua posição subjugada pelo legislativo. Essa realidade fez o caso canadense muito propenso às teorias do diálogo constitucional.

A autora, então, sábia da profusão das teorias dialógicas, busca um primeiro critério classificatório. Ele difere as teorias descritivas (positivas, empíricas), daquelas que são prescritivas (normativas), ainda que ressaltando a dificuldade de enquadrar plenamente cada abordagem em um ou outro grupo. Num extremo estão as teorias que trazem uma visão positiva acerca do real funcionamento da dinâmica conversacional entre os poderes. Numa posição intermediária, há teorias que reconhecem que a palavra final (supremacia) não é um imperativo do controle judicial de constitucionalidade, tecendo prescrições sobre como deve se dar o diálogo com base nesta premissa. E, no outro extremo, há teorias fundamentalmente normativas, que desenham como deveria funcionar um sistema jurídico dialógico que operasse em circunstâncias ideais.

Cada uma dessas formas de abordagem provê um resultado diferente na tarefa de reconciliar o *judicial review* com a legitimidade democrática. Quanto mais houver, na prática, chances de os demais poderes questionarem a posição hermenêutica da corte, mais é provável a resolução da dificuldade contramajoritária. A forma de perceber isto em cada tipo de teoria dialógica não é, contudo, idêntica.

Além disso, diz Bateup (2006:1121), as teorias do diálogo devem ser capazes de sustentar suas predições. O que ocorre, contudo, é que as defesas mais fortemente normativas pouco conseguem se deter em como o controle judicial de constitucionalidade funciona de fato, empiricamente. E isto enfraquece suas defesas de funcionamento do sistema ideal, porque não se tornam convincentes por ausência de base experimental.

Já as teorias dialógicas mais radicalmente descritivas, ainda que rechacem a supremacia judicial e demonstrem o papel de outros poderes (inclusive do povo) na interpretação constitucional, falham em estipular, normativamente, porque, então, deveriam os juízes não eleitos estar envolvidos no processo interpretativo, que contribuição essencial ou única poderiam apenas eles dar ao processo.

É no caminho do meio, então, que estariam as melhores respostas teóricas, pois elas não olvidariam análises empíricas, de um lado, e buscariam refletir e responder normativamente sobre o papel adequado aos juízes no que concerne à estipulação do significado constitucional.

Com estas postulações, a autora segue para o âmago de seu trabalho, que é a crítica unitária de cada um dos grandes grupos de teorias dialógicas tais como ela as dividiu com vistas a responder às suas duas questões centrais (como cada teoria responde à dificuldade contramajoritária e qual o potencial normativo de cada uma acerca do papel do judiciário na interpretação constitucional). Ela ordena as diversas teorias em um *continuum*, indo das teorias mais radicalmente normativas e concluindo com as mais descritivas.

2.1.1 Teorias do Método Judicial (*Theories of Judicial Method*)

Estas, que são as mais prescritivas, têm em comum a característica de estimular o uso de métodos de decisão judicial que deveriam ser utilizados de forma autoconsciente pelos magistrados de modo a fomentar, entre os poderes e mesmo internamente em cada um, debates sobre o significado da Constituição. A falha delas, como já apontado, está o baixo grau de percepção empírica de seus postulados.

2.1.1.1 Aconselhamento judicial (*Judicial Advice-Giving*)

As teorias dialógicas do aconselhamento judicial pregam que os juízes, proativamente, façam uso de métodos decisórios que prescrevam como devem agir os demais poderes e quais cursos de ação devem evitar com vistas a cumprir a Constituição. O aconselhamento advém de enunciados não-cogentes (*non-binding dicta*), que, portanto, orientam os demais poderes acerca de qual é o significado da Carta Política e de que atitudes são necessárias (produção legislativa, emenda, revogação).

Assim, o judiciário pode, por um lado, considerar inconstitucional uma lei e, no mesmo caso, dizer ao legislativo como chegar ao mesmo resultado pretendido de uma forma que possa ser considerada constitucional, um verdadeiro “caminho das pedras” (num abraileiramento de “*road map*”). Por

outro lado, a corte pode considerar a lei constitucional, mas afirmar que ela contém problemas (ambiguidades, por exemplo) que devem ser resolvidos pelo legislativo. É possível, por fim, que a sentença julgue a lei constitucional, mas advirta ao legislativo que seu conteúdo chegou ao limite do que permite a Constituição e que avanços maiores atentarão contra direitos fundamentais (é o que se poderia supor, num caso canadense em que a corte considerasse uma determinada restrição legal como tendo alcançado o extremo da razoabilidade – um passo a mais, e a limitação passaria a ser irrazoável e, portanto, inconstitucional).

Os que defendem as teorias do aconselhamento judicial creem que os conselhos dos magistrados são uma boa forma de “guiar” os legisladores, permitindo que eles deem boas respostas no âmbito deste suposto diálogo. Estes teóricos acreditam, como contempla Bateup (2006:1125), que esta forma de diálogo é normativamente desejável, pois permitiria aos juízes proteger direitos, ao mesmo tempo que facilitaria que as respostas finais às controvérsias constitucionais fossem políticas, não judiciais.

Bateup considera, contudo, que tais teorias nem mesmo deveriam ser descritas como dialógicas, pois partem da figura de juízes que (assim como nas teorias da supremacia judicial) sabem qual é a resposta correta e que, ao fim e ao cabo, estão apenas a exigir que o legislativo a chancele, dando ares democráticos a posições substanciais que foram concebidas fora das arenas políticas. Aqui também está implícita a crença na incapacidade dos legislativos discutirem adequadamente temas de direitos fundamentais, algo que, conforme já visto em Vermeule (pág. 111), é bastante controverso. Seria um monólogo, portanto, não um diálogo. O principal problema aqui é que tais ideias partem de pouquíssima ou quase nula comprovação empírica:

[...] If one delves a little deeper into how legislatures operate, it is apparent that legislatures do in fact have incentives to deliberate about issues of rights and are generally adept at doing so, even if they do not engage in deliberation in exactly the same fashion as courts (BATEUP, 2006:1126-1127).²⁰⁷

²⁰⁷ Afirmação em que é francamente apoiada pelas conclusões de Tushnet referidas no Capítulo 1.

As teorias do aconselhamento judicial são, portanto, embasadas na ideia de juízes ativistas que, ao invés de alocar integralmente sua decisão na sentença, deferem, em parte, a tarefa ao legislativo. Nas palavras de Bateup (2006:1128): “[...] *advice-giving simply encourages the political branches to do what the judiciary says.*”

2.1.1.2 Decisões centradas no procedimento (*Process-Centered Rules*)

Nas teorias centradas no procedimento, o papel dos juízes é de determinação do grau de atenção que tenha sido conferido pelos legisladores aos temas de direito constitucional. Sabe-se que há regras, nos diversos ordenamentos, que preveem a forma como devem ser aprovadas as leis que tratam sobre direitos e sobre a análise que deve ser realizada explicitamente acerca da constitucionalidade delas (manifestação das Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e Senado Federal, no Brasil).

Outra forma de apelo procedimento-centrado ocorreria quando a corte, percebendo que uma má legislação sobre direitos adveio de um mal procedimento decisório do legislativo (feito às pressas, sem a devida reflexão, dissimulando os impactos reais, em situações de crise grave ou mesmo porque questões sérias de mérito passaram ao largo dos debates parlamentares)²⁰⁸, invalida a lei em questão e demanda um segundo empreendimento da representação popular para tratar do tema – só que, agora, “com a devida atenção” aos direitos. É o que foi chamado de doutrina do segundo olhar (*second look doctrine*). O conteúdo da lei poderá ser o mesmo já invalidado, mas a profundidade com que os debates serão feitos, não. A palavra final seria, pois, do legislativo.

A atuação do judiciário nessas teorias tem um duplo aspecto, com juízes não decidindo em última instância (o que deixa mais espaço para a deliberação parlamentar), mas mantendo um papel ativo no diálogo constitucional, pois seria a corte a chamar a atenção dos ramos políticos (legislativo e executivo)

²⁰⁸ O quanto desses déficits de debate se poderia atribuir à gestão Eduardo Cunha à frente da Câmara dos Deputados é um tema profícuo, mas para outros trabalhos.

sempre que eles tomassem decisões sem a devida e explícita atenção à Constituição.

Diferentemente das abordagens do aconselhamento judicial, poder-se-ia dizer que as teorias procedimento-centradas aceitam que os parlamentos podem realizar bons debates sobre direitos, mas que as suas decisões devem ser tomadas novamente quando isto não ocorrer. Além disso, a manifestação do judiciário não é substantiva, no sentido de que ele não diz o que deve ser o resultado final da deliberação, deixando tal tarefa ao legislativo.²⁰⁹ Isto, evidentemente, lida melhor com a dificuldade contramajoritária.

Mas, entende Bateup (2006:1130), estas teorias dialógicas não resolvem completamente o problema da legitimidade democrática do *judicial review*, pois haveria a questão da falta de clareza sobre a fronteira (que teria de ser discernida pelos juízes) entre o uso de decisões procedimento-centradas para determinar nova deliberação parlamentar e o uso de decisões substantivas para, aí sim, declarar leis inconstitucionais. Sempre que houvesse invalidação substantiva, estaríamos, novamente, diante de déficit de legitimidade do judiciário.

Além disso, não é tão simples supor que, numa democracia com divergências, oposição e situação, seja simples para o legislativo tornar a aprovar leis com o mesmo conteúdo de outras julgadas inconstitucionais, ainda que apenas em virtude da forma como foram decididas. Os custos políticos são altos, às vezes inviabilizantes. Em outros casos, o tempo poderá ter feito com que o assunto não esteja mais na “pauta” do legislativo, ou mesmo com que não haja mais a mesma maioria que, outrora, conseguiu aprovar a lei invalidada. Com tudo isto, é possível que, na prática, as teorias de decisões centradas no procedimento talvez não deixem tanta margem de deliberação final ao parlamento, o que reduz a margem do que seja um diálogo.

2.1.1.3 Minimalismo judicial (*Judicial Minimalism*)

²⁰⁹ As doutrinas que defendem, pela via judicial, a garantia das pré-condições democráticas não se confundem com estas procedimento-centradas, porquanto aquelas propõem remanescer no judiciário a palavra final sobre um (in)determinado rol de direitos que seriam fundamentais ao próprio regime democrático, ao passo que estas apenas permitem apontar quando o parlamento não discutiu bem as implicações constitucionais das suas decisões, mandando que ele delibere novamente.

Nestas abordagens, ao invés de se dizer como os juízes devem incentivar respostas do legislativo, o que se quer é que eles se abstenham de julgar determinados casos para reservar o espaço ao legislativo. Bateup (2006:1131) identifica esta teoria com o trabalho de Alexander Bickel, que seria um grande defensor das virtudes passivas. Estas, são técnicas de decisão judicial do não fazer (*not doing*), reduzindo o papel da corte em questões constitucionais controversas ou sensíveis que poderiam gerar repercussões políticas negativas contra os próprios juízes. Aqui a propensão ao diálogo constitucional é remetida para os poderes políticos e para a sociedade.

Decidir o mínimo necessário e deixar o máximo possível para a deliberação política, este seria um resumo também da prescrição de Cass Sunstein (o principal defensor contemporâneo do minimalismo judicial, conforme Bateup). A autocontenção dos juízes é largamente estudada por Sunstein, que prega que os juízes sejam o mais específicos possível para decidir apenas o caso que lhes é proposto, de forma concreta e sem largas considerações principiológicas que possam ser extrapoladas.²¹⁰ Esta seria uma forma de diálogo passivo, em que o judiciário dá sinais aos ramos políticos para que atentem, aí sim de forma ampla e abstrata, aos problemas de direitos constitucionais envolvidos nos casos concretos.

As virtudes da teoria são claras, pois ela dá espaço ao legislativo para decidir sobre direitos, não gerando as chamadas distorção política e debilitação democrática, dado que o parlamento tem que decidir sozinho como interpretar a Constituição, sem a “sombra” (ou a segurança) de que outro poder poderá rever suas decisões no futuro.

Bateup (2006:1133) crê que o problema de tais teorias estaria em reduzir demais o papel do judiciário. Pela visão de Sunstein, a única razão para o minimalismo seria a garantia do espaço deliberativo ao parlamento. Mas, para aqueles que defendem o diálogo, a tomada da melhor decisão possível é

²¹⁰ Sunstein considera que o minimalismo é aplicável a determinados casos, que envolvam questões de alta complexidade fática ou ética e que produzam desacordo democrático. Quando os processos políticos tenham falhado, por outro lado, as pré-condições da democracia, como a livre manifestação do pensamento, devem ser garantidas pelo judiciário (BATEUP, 2006:1133-1134).

um objetivo a ser alcançado e, seguido o minimalismo, pouco ou nada restaria de conteúdo para que o legislativo considerasse a opinião do judiciário em seu processo de discussão. Ademais, tendo o judiciário características especiais (como o insulamento, a forma particular de deliberação e a tecnicidade de suas considerações²¹¹), abrir mão de seu ponto de vista seria uma forma de afastar uma chance única de enriquecimento do debate. Ou seja, o minimalismo judicial também reduz as chances de diálogo por reduzir demasiadamente o volume da voz do judiciário.²¹²

Parece necessário, indo além de Bateup, frisar que estas teses também pecam por deixar nas mãos dos juízes a decisão quanto aos aspectos críticos da aplicação das técnicas minimalistas. Assim, serão, ao final, os juízes que dirão quando se trata de casos controversos (do contrário, sendo, na concepção deles, casos de simples prolação e amplo consenso social, poderá o judiciário decidir), quando há transgressão das pré-condições democráticas (cuja imponderabilidade já foi apontada na discussão que faz Tushnet, no Capítulo 1, Seção 1.4) e mesmo quando o processo decisório não foi adequado (o que reflete os mesmos problemas das teorias procedimento-centradas). Logo, parece que juízes poderiam alegar terem tomado decisões estritamente minimalistas quando, de fato, acabaram por sustentar posições substanciais altamente contestáveis em temas de grande divergência social sobre direitos constitucionais.

Estas três categorias teóricas (aconselhamento judicial, decisões centradas no procedimento e minimalismo judicial) pecam, acredita Christine Bateup, por não avaliar adequadamente aspectos empíricos de como o judiciário e os demais poderes efetivamente funcionam, ainda que possam ter facetas normativas atraentes. Assim,

[...] [t]he normative value of theories of dialogic judicial method and their account of the role of judicial review in modern constitutionalism is ultimately diminished as a result of this lack

²¹¹ Ainda que todas elas sejam objeto de questionamento por teóricos como Tushnet, conforme visto do Capítulo 1.

²¹² Tushnet (1999:8-9) menciona falas de Abraham Lincoln contrário à supremacia das decisões da Suprema Corte em casos futuros – ele era favorável, apenas, a efeitos inter-partes e *ad hoc*.

of grounding in the positive dynamics of the constitutional system from which they emerge. [...]²¹³

2.1.2 Teorias Estruturais do Diálogo (*Structural Theories of Dialogue*)

Elas são chamadas por Bateup de teorias estruturais porque denotam a existência real de mecanismos institucionais nos sistemas constitucionais que permitem respostas políticas às decisões judiciais.²¹⁴ O diálogo aqui permitiria a dinâmica interpretativa da Constituição entre o judiciário e os demais atores constitucionais (BATEUP, 2006:1136). A dificuldade contramajoritária seria mitigada em razão deste diálogo efetivo.

As várias teorias aqui dispostas têm diversos graus de consideração empírica e variados níveis de resposta normativa ao papel a ser cumprido pelo judiciário numa sistemática de diálogos constitucionais. Algumas não preveem um papel especial qualquer aos juízes, outras superestimam esse papel. As mais promissoras teorias do diálogo, reitera Bateup (2006:1136), “*are those which are able to propose a unique judicial role that does not privilege the dialogic contributions of judges in this way.*”

2.1.2.1 Teorias da Construção Coordenada (*Coordinate Construction Theories*)²¹⁵

Num debate que remonta a James Madison e Thomas Jefferson, esta visão teórica seria a mais antiga a considerar que a interpretação constitucional não é monopólio do judiciário, mas uma tarefa de todos os poderes. De acordo com essa abordagem, os poderes têm a última palavra quanto ao sentido da Constituição quando agindo dentro de suas competências, o que retira qualquer peculiaridade ou poder especial do judiciário em dizer o sentido da Norma Fundamental.

²¹³ Bateup (2006:1135).

²¹⁴ É de se perceber que, num sistema como o brasileiro, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional é um forte indício de que não há uma tal chance de resposta política. O tema será melhor abordado quando da análise da dinâmica entre o STF e o Congresso Nacional.

²¹⁵ Estas teorias são também chamadas de “departamentalismo” ou “constituição fora das cortes” (MENDES, 2009:215).

Uma dificuldade clara é exatamente definir exatamente o que compete a cada um, algo que, numa disputa hermenêutica e na ausência de um árbitro, poderia levar ao caos e à anomia. E, se cada um dos poderes decide por si a abrangência de suas competências, segue-se que não haveria freios entre eles, afrontando a própria ideia-força da divisão de funções estatais.

Há teóricos modernos (como Neal Devins e Louis Fisher)²¹⁶, contudo, que buscaram lidar com estas objeções e promoveram descrições do sistema norte-americano em que cada poder, além de interpretar suas próprias funções constitucionais, tem um papel significativo na compreensão mais geral da Constituição. Isto não leva à anarquia, porque há um processo interativo em que cada poder é submetido ao crivo dos demais, incluindo a Suprema Corte (BATEUP, 2006:1138).

A corte constitucional norte-americana utiliza-se do *judicial review*, mas o legislativo tem ferramentas para discordar, afinal, qualquer dos poderes pode chegar a um mal resultado, a uma resposta inconstitucional. Aqui parte-se da visão, já mencionada, acerca da ausência de uma resposta verdadeiramente final, dado que o máximo que a corte faria seria resolver o problema contingente e momentaneamente. Resta sempre a possibilidade de o legislativo discordar e obter o *overruling*, inconformismo este que se manifesta desde com um mero discurso parlamentar, até a perplexante desobediência, passando por aprovação de leis e emendas que flertem com a inconstitucionalidade apontada pelo tribunal, questionando seu mérito. Até mesmo as manifestações processuais das partes podem cumprir tal papel. É, como se pode contemplar, uma visão em perspectiva histórica, de longo prazo, pois relativiza-se, aqui, o próprio conceito de palavra final para considerar que ela talvez não exista.

Essa descrição, a despeito de ser uma forma de enxergar a dinâmica do modelo estadonidense, pode ser extrapolada como defesa normativa para outras realidades. Ela traz algumas características positivas em casos em que Devins e Fisher conseguem demonstrar que os juízes dos EUA não tiveram o monopólio da interpretação constitucional, dividindo-a com outros agentes. Essa constatação questiona a premissa quase intocável de que o sistema

²¹⁶ Também se deve citar Whittington (MENDES, 2009:217).

norte-americano é caso padrão de supremacia judicial. Fica claro também, neste modelo, que os demais poderes têm capacidade e efetivamente se engajam na tarefa de interpretar a Constituição, inclusive apoiados em arrazoados principiológicos (morais, por que não dizer?).

A dificuldade contramajoritária, no momento em que se afirma que o judiciário nem sempre tem a palavra final, também é reduzida. Ou seja, não importa como ou o quê a corte decida, sua sentença sempre estará aberta ao questionamento dos demais poderes e do povo, sujeita, portanto, à futura alteração.

Os dois principais problemas apontados por Bateup nas teorias da construção coordenada são que, primeiro, elas provavelmente subestimam o papel da corte nos diálogos, supondo que os juízes são voz igual numa arena em que, de fato, têm mais chances de fazer sua voz prevalecer; e, segundo, em virtude da pano de fundo da teoria serem os freios e contrapesos da relação entre os poderes, o consenso se torna algo bastante improvável, frutificando muito mais a prevalência do poder que tenha maiores propensões institucionais para lidar com a questão constitucional posta. A pesquisadora considera questionável (BATEUP, 2006:1143), contudo, o fato de que um sistema de competição entre os poderes ser mais propenso a produzir decisões sobre direitos amplamente aceitas e duráveis, isto porque uma disputa normalmente tende a cancelar um vencedor, ao invés de enriquecer o resultado com os diversos pontos de vista.

Uma outra crítica, ainda, é o fato de que tais teorias não teriam conseguido definir normativamente qual a contribuição peculiar e necessária que somente o controle judicial de constitucionalidade seria capaz de dar ao processo hermenêutico, o que mal responde a segunda das perguntas estruturantes da acadêmica.

É necessário agregar que a descrição do modelo norte-americano como dialógico é altamente controversa. Como dito, os EUA são o berço dos debates sobre a supremacia judicial, país em que a última palavra do judiciário em questões constitucionais é mais amplamente debatida em todo o mundo. Descrever tal sistema como dialógico, além de exigir a relativização do próprio

conceito de palavra final, é algo cientificamente muito controverso e vai de encontro ao que a própria Suprema Corte pensa de si mesma.

2.1.2.2 Teorias do Princípio Jurídico (*Theories of Judicial Principle*)

As teorias do princípio jurídico, diferentemente das anteriores, assumem que há um conjunto de competências únicas entabuladas no poder judiciário para tratar com questões de princípios. Isto lhe conferiria a possibilidade de desempenho de um papel peculiar e exclusivo na dinâmica de um diálogo constitucional.

Alguns considerarão que há diálogo quando legislativo e executivo buscam impugnar eventuais erros judiciários cometidos, diga-se, sempre em decisões principiológicas. Outros teóricos não dão tanta atenção às eventuais impugnações, mas sim a como o legislativo se organiza para construir políticas públicas tendo em conta as decisões judiciais tomadas. O problema é que ambas as abordagens consideram o papel do judiciário como luminar dos princípios, a ser seguido pelos demais poderes sempre que os custos (altos) do questionamento não justificarem-no. Cada uma delas será melhor abordada na sequência.

a. Princípios e freios políticos à corte (*Principle and Political Checks on the Court*)

Com base em Bickel e Michael Perry, Bateup (2006:1145-1146) percebe que estas teorias aceitam claramente a melhor alocação institucional do judiciário para lidar com questões de princípios. Isto decorreria de seu insulamento das vicissitudes da política e também porque os demais poderes não tratariam normalmente com questões morais no âmbito prospectivo, papel que seria desejável ao judiciário. Ou seja, os juízes julgariam não só com base na moral existente, mas deveriam ser capazes de apontar como a sociedade deverá avançar neste campo.

Não obstante, dirão estes teóricos, como mesmo os juízes podem errar, os poderes calçados no voto popular deveriam ser capazes de impor freios aos

eventuais erros dos magistrados. O maior deles no âmbito norte-americano, crê Perry, é poder do Congresso de limitar a jurisdição de apelação da Suprema Corte.²¹⁷ Há diversos outros, como a possibilidade do Congresso reeditar leis invalidadas, restringir legalmente efeitos de decisões judiciais, emendas constitucionais (*overruling*), nomeações de novos *justices* e mesmo a imposição de sua própria interpretação no bojo da Seção 5 da Décima Quarta Emenda à Constituição Norte-Americana (neste caso, numa aproximação às teorias da construção coordenada), que diz ter o Congresso competência para executar determinadas disposições com legislação própria. No Canadá, a *notwithstanding clause* cumpriria papel de freio semelhante.

Os que sustentam estas teorias do princípio jurídico acreditam que tais freios são suficientes para pautar uma atuação do judiciário voltada à ativação de um diálogo produtivo sobre o significado da Constituição. O movimento é visto como, primeiramente, decisões tomadas pelos poderes políticos (legislativo e executivo). Após, avaliação judicial baseada em princípios sobre a constitucionalidade dessas decisões. E, por fim, com uma resposta dos poderes políticos que vai da aceitação até a contestação e mesmo superação da sentença judicial, com o uso dos freios à disposição. Este movimento teria o condão de produzir dialeticamente, e graças ao peculiar papel principiológico desempenhado pela corte, uma moralidade política mais autocrítica e madura, vocacionada às respostas “corretas” (BATEUP, 2006:1147).

A dificuldade contramajoritária parece francamente mitigada, porquanto o legislativo teria, por estas teorias, a possibilidade de retificar os erros que considerar. O avanço quanto às teorias da construção coordenada advém, ao seu passo, da identificação desse papel único disposto ao judiciário para lidar com as questões de princípio. Bateup (2006:1148) aponta, contudo, que “[t]his account of dialogue nonetheless suffers from a range of difficulties concerning the precise function that it assigns to the judiciary, and the process by which the political branches can respond to judicial rulings.”

E segue:

²¹⁷ Este poder ficou indubitavelmente deferido ao legislativo a partir do julgamento do caso *Wiscart v. D’Auchy*, em 1796, quando a própria Suprema Corte afirmou que a amplitude de sua jurisdição de apelação não advinha da Constituição, mas deveria ser aprovada em lei congressual.

These difficulties arise from the fact that the theory rests on empirically dubious assumptions about judicial and legislative competences, rather than a more factually grounded explanation of institutional interactions between different constitutional actors.

Em outros termos, as premissas que sustentariam as teorias de princípios e freios políticos à corte são pouquíssimo demonstráveis empiricamente. Não é estreme de dúvidas que juízes tenham mais condições institucionais para lidar com questões de princípios e de direitos fundamentais. Waldron e Tushnet, por exemplo, conforme relatados em suas posições no Capítulo 1, Seção 1.4, divergem com veemência e sustentam que parlamentos são tão ou mais capazes de lidar com tais temas que cortes.

Os defensores destas teorias de princípios enxergam no isolamento político e na desnecessidade imediata de responsividade popular dos juízes uma característica aliada de boas decisões baseadas em argumentação moral. O comportamento auto-interessado dos congressistas seria um problema. Tushnet também lida com este argumento (ver pág. 122), asseverando que juízes não têm nada para ser considerados diferentes de legisladores em se tratando de auto-interesse, para o bem e para o mal. É, também, a posição de Bateup (2006:1149), para quem a incapacidade dos deputados e senadores para decidir com base em princípios nunca foi adequadamente demonstrada, bem como a forma magistral com que juízes lidam com argumentos morais igualmente é, por exato, mítica.²¹⁸

O maior problema de tais abordagens, contudo, seria a contradição interna que denotam: se o judiciário é superior para lidar com questões de princípios (como sustentam), por que os poderes políticos deveriam poder contrariar a “melhor opinião” dos juízes? Não é razoável afirmar que tal faculdade seria exercida apenas para corrigir os “erros” do judiciário, pois a própria determinação quanto a quais são os casos de decisões erradas é tema absolutamente em aberto na teoria constitucional.

²¹⁸ Bateup (2006:1149) chega a dizer que *“If we consider the written opinions of judges in greater detail, it also becomes clear that they are not always, perhaps not even often, remarkable examples of moral deliberation.”*

b. Princípios e articulação legislativa de políticas (*Principle and Legislative Articulation of Policy*)

Em linha um pouco diversa das construções teóricas que percebem o legislativo como um freio institucional, as teorias de princípios e articulação legislativa de políticas percebem, também no legislativo, um conjunto de capacidades únicas que somariam algo peculiar no produto da engrenagem dialógica. O processo de elaboração de políticas, dada a necessidade de contemplação dos inúmeros interesses e consequências que devem ser sopesados, exige um aparato institucional que só está montado no legislativo e, por esta razão, só pode esperar dele respostas adequadas. O diálogo adviria da compreensão mútua dos atores institucionais acerca dessas suas respectivas capacidades únicas, em que o judiciário melhor escrutina princípios e o legislativo melhor maneja as formas de atingir objetivos políticos mais amplos.

Este ramo teórico descende de acadêmicos como Peter Hogg, Alison Bushell e Kent Roach, que escrevem tendo em vista o contexto canadense. Bateup entende, contudo, que a abordagem tem potencial normativo e mesmo descritivo para o caso norte-americano.

Aqui novamente o isolamento político aparece como característica a favorecer debates sobre princípios no âmbito da corte. O diferencial, como dito, é o reconhecimento de um papel também especial do parlamento no trato com as melhores formas de atingir objetivos políticos, ou seja, ele não funcionaria como mero freio nos eventuais “erros” da corte, mas seria proativo no exercício de seu papel. As decisões judiciais interpretando a Constituição funcionariam, pois, como a primeira etapa do diálogo, chamando a atenção dos poderes eleitos de forma a compatibilizar preocupações com direitos individuais e políticas socioeconômicas que beneficiem toda a sociedade. Hogg e Bushell concluem conhecido artigo (1997:105) afirmando que o:

[...] Judicial review is not "a veto over the politics of the nation" [como afirmou Dworkin em *The Forum of Principle*], but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of

social and economic policies for the benefit of the community as a whole.

Esta soma de “olhares” e pontos de vista é que seria capaz de produzir decisões sobre direitos fundamentais moralmente mais defensáveis e que, ao mesmo tempo, sejam capazes de perceber os limites sociais (e econômicos) para a implementação destes direitos.

A característica que conferiria maior propensão ao diálogo, no sistema canadense, seria a já mencionada (pág. 140) Seção 1 da Carta de Direitos e Liberdades, que aceita expressamente a possibilidade de haver limitações aos direitos fundamentais (Hogg e Bushell). Roach, contudo, percebe também um virtuoso papel à *notwithstanding clause* na promoção dos diálogos. A importância da Seção 1 seria visível na análise das decisões de invalidação de leis tomadas pela corte canadense, que, no mais das vezes, fulmina a razoabilidade dos meios escolhidos pelo parlamento para lograr determinados fins políticos, mas não os próprios fins. O parlamento, então, se orientaria na formulação de políticas públicas pelos padrões de justificação estipulados pela Suprema Corte canadense em *R. v. Oakes*:

- (1) the law must pursue an important objective;
- (2) the law must be rationally connected with the objective;
- (3) the law must impair the objective no more than necessary to accomplish the objective; and
- (4) the law must not have a disproportionately severe effect on the persons to whom it applies.²¹⁹

A utilização destas teorias ao caso norte-americano (e, por que não, aos demais) é possível porquanto, apesar da ausência de previsão expressa da possibilidade de limitação de direitos fundamentais, tem-se como cânone da teoria constitucional moderna a possibilidade – e mesmo necessidade em muitos casos – de limitação dos direitos fundamentais previstos nas Constituições e demais *Bills of Rights*.

Há um conjunto de problemas com estas teses que são comuns se comparados aos percebidos nas abordagens anteriores de princípios e freios

²¹⁹ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 138–39, *apud* Bateup (2006:1154, nota 168). Neste “guia de elaboração legislativa” podemos ver muito do que, no Brasil, vimos construindo como aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

políticos à corte: aqui também se acaba por considerar que os juízes teriam capacidades superiores às dos legisladores em matérias de princípios, o que já se mostrou ser premissa controversa e pouco empírica tanto sobre as habilidades superiores dos magistrados,²²⁰ quanto às más práticas auto-interessadas dos representantes do povo.

Outro problema é que o diálogo aqui também não é entre iguais, o judiciário fala, o legislativo escuta; o judiciário inicia o processo de diálogo e o legislativo só então responde, numa atitude meramente reativa. Pouco restaria ao último, conclui Bateup (2006:1156), da condição de intérprete independente dos direitos constitucionais, pois os deputados e senadores tenderiam basear-se na compreensão dos direitos estipulada pela análise judicial, muito mais do engajar-se numa deliberação profunda e independente em conjunto com seus pares sobre o sopesamento moral dos problemas em questão. E Bateup (2006:1157) sentencia, então, que “[...] *this vision of constitutional dialogue [...] ultimately remains normatively deficient as a theory of dialogue due to its continued privileging of the judicial role.*”

2.1.2.3 Teorias do Equilíbrio (*Equilibrium Theories*)

As teorias do equilíbrio conseguiriam compreender a especialidade do papel judicial nos diálogos sem, contudo, alocá-lo em posição privilegiada na “conversa institucional”.²²¹ Aqui o papel dos juízes seria de fomentar um amplo debate social sobre o sentido da Constituição, debate este que conduziria a um equilíbrio sobre o significado da Carta Política (BATEUP, 2006:1157). Barry Friedman, Robert Post e Reva Siegel seriam os mais proeminentes autores desta linha.

²²⁰ Nino (1997:260), inclusive, afirma que “[...] *Cuando el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático. [...] La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión. [...]*” A isto que Nino chama elitismo epistemológico, Estlund (2011:31) trata por “epistocracia”.

²²¹ “*In a populist theory of constitutional law, constitutional interpretation done by the courts has no special normative weight deriving from the fact that it is done by the courts.*” (TUSHNET, 1999:X).

Os estudos de Friedman são os de maior fundamento empírico, baseados em estudos das interações entre o judiciário, os demais poderes e o próprio povo. Eles mostram que a margem de manobra da corte para decidir sobre direitos é ampla, mas não ilimitada. Caso ela se afaste demais daquilo que pensam os demais poderes e a população, é provável que haja resistências efetivas por partes desses outros atores políticos, exigindo mudanças de posição dos juizes. Uma das principais forças a controlar as decisões do tribunal seria a opinião pública,²²² e, ainda que não se tenha conseguido determinar as minúcias da inter-relação de ambas, é notável que, no caso norte-americano, as decisões judiciais tendam a se perfilar à opinião pública em longas séries temporais analisadas.

Assim, é indubitável que a Suprema Corte tem restrições para decidir o que quiser, mas isto não invalida seu relevante papel na discussão sobre o significado constitucional. A corte funcionaria como um (Bateup, 2006:1158) “*shaper and facilitator of society-wide discussion about constitutional values.*” Ela garantiria vias específicas do debate social ao emitir suas posições e esclarecer os vários possíveis pontos de vista sobre o significado constitucional, balizando a gramática (de direitos) deste debate dali em diante. Friedman, segundo Bateup, defende que o *judicial review*, nos EUA, serve para promover e facilitar o diálogo constitucional. A corte, nesta dinâmica, não apenas inicia e pauta o debate, mas é afetada e pautada por opiniões externas, seja no próprio julgamento em questão, seja no futuro, com o *overriding*. É, assim, um diálogo real, de mão dupla, em que o tribunal sofre as influências, além de influenciar.

No longo prazo, este processo gera um equilíbrio de posições que é altamente aceito por todos os atores envolvidos no diálogo constitucional. O papel especial do judiciário é o de esclarecer a distinção entre o que são direitos fundamentais daquilo que é o mero produto das preferências políticas imediatas (das maiorias), sendo que, ao largo do funcionamento das

²²² O conjunto das forças “políticas” a atuar no âmbito norte-americano seriam (Bateup, 2006:1158, nota 186): “[...] *strategic interaction with other judges on a collegial court, the pressures imposed by judges lower in the judicial hierarchy regarding how decisions are to be interpreted, inter-branch constraints which result from struggles with the political branches, and popular opinion regarding constitutional meaning and the practice of judicial review.*”

instituições e com os *inputs* da sociedade, caminhar-se-ia para uma compatibilização entre ambos. O que importa aqui não é perceber apenas poderes querendo fazer prevalecer seus pontos de vista, mas sim o quanto cada um molda suas manifestações com base no que antes disseram os demais.

Vista em perspectiva, a dinâmica pareceria reduzir preocupações com a dificuldade contramajoritária, pois as visões do legislativo (e do próprio povo) nunca seriam meramente subjugadas – é como pensa Friedman. Já Post e Siegel entendem que, mesmo num âmbito de equilíbrio, a ação do judiciário pode tornar-se um problema democrático. Isto porque acreditam que há determinados valores constitucionais fundamentais sobre os quais a corte teria pouca permeabilidade a opiniões contrárias, ainda que de maiorias populares ou legislativas. A existência desses casos recomendaria, pois, uma postura geral de auto-contenção dos juízes, para que a corte não viesse a ser concebida pela sociedade como a única capaz de interpretar a Constituição em última instância. Se isso ocorresse, com o tempo, os demais poderes e a própria sociedade deixariam de questionar as decisões do tribunal e o próprio diálogo cessaria. O resultado final seria uma diminuição da legitimidade das próprias decisões judiciais com a consequente ampliação da dificuldade contramajoritária.

Sobre isso, Bateup (2006:1163) compreende que

[a]lthough Post and Siegel are right to worry about the issue of judicial overreaching, their concern that this is likely to occur in relation to issues of vital importance to the nation is misplaced. In such high saliency cases, the social Science literature that Friedman relies on reveals that although the Court may perceive itself as the ultimate interpreter of the Constitution, this does not mean that it can actively control how its decisions are affected by non-judicial influences. Rather, on a strictly positive account, these cases are likely to prompt national dialogue about constitutional meaning, which will serve to bring the Court into line over the longer term.

Talvez o problema de “sufocamento dialógico” apontado por Post e Siegel ocorra, justamente, em casos de menor saliência política, em que a opinião pública e os demais poderes têm poucos incentivos para mobilizar as energias necessárias à contestação da opinião da corte. E este talvez seja,

então, o problema com a abordagem de Friedman, que não explana como resolver o problema real dos casos em que o diálogo não acontece em função deste mecanismo supra descrito. Os possíveis problemas de longo prazo descritos por Post e Siegel trazem, portanto, com relação aos casos não tão rumorosos, uma lacuna democrática nas abordagens do equilíbrio.

Estas teorias do equilíbrio podem não resolver totalmente a dificuldade contramajoritária, mas são as mais propensas, até aqui, a lidar com um papel específico e proveitoso do judiciário no tocante à interpretação constitucional. Elas têm, também, o mérito de perceber a importância e a atuação do povo, via opinião pública, ampliando a atenção de pesquisa para além dos três poderes.

O problema principal, por outro lado, estaria no quanto estas abordagens sustentam-se, para discernir a existência de diálogo, em um engajamento popular relevante nos debates sobre direitos. A participação popular e o interesse político têm declinado, segundo diversas pesquisas mencionadas por Bateup (2006:1164), o que talvez enfraquecesse o potencial explicativo da opinião pública como voz dentro do diálogo constitucional. É difícil contestar, porém, que, no longo prazo, as decisões judiciais tendam a acompanhar a opinião pública, o que, então, gera um quadro analítico ainda impreciso sobre os meandros de como se dá essa influência.

Outra forma de criticar estas teorias é a sua eventual aplicabilidade a casos que extrapolem o norte-americano. Sobretudo a ideia de um diálogo de longo prazo, em que as decisões da corte podem ser debatidas socialmente e superadas após longos anos, seria algo muito peculiar dos EUA, em que os mecanismos de diálogo são assaz informais ou não institucionalizados em lei. No Canadá, por outro lado e em sistemas que tais, o diálogo é de menor prazo, até mesmo porque há mecanismos previstos explicitamente para ativá-lo. Bateup, contudo, agrega que a existência de diálogos de curto prazo em sistemas como o canadense não impedem que, também neles, ocorram as trocas e argumentações de mais longo período, em que o povo e os demais poderes posicionam-se e conseguem obter mudanças por parte do judiciário sobre interpretação constitucional.

Assim, a despeito das consideráveis respostas dadas por estas teorias do equilíbrio às questões estruturais feitas pela autora (resposta à dificuldade

contramajoritária, e papel único e relevante conferido ao judiciário), resta a lacuna de como asseverar a existência de diálogos constitucionais em vários casos de que baixa saliência política. Neles, os poderes executivo e legislativo devem ser capazes de responder ao judiciário sem os custos atrelados à grande mobilização necessária nos casos de maior apelo público.

2.1.2.4 Teorias da Parceria (*Partnership Theories*)

A última categoria de teorias do diálogo tratadas por Bateup (2006:1168-1169) considera haver um papel específico a ser desempenhado por cada um dos poderes no exercício do diálogo constitucional, sem qualquer privilégio ao judiciário. Cada ramo de governo (poder) aprenderia com as manifestações interpretativas dos demais. Todos têm igual *status* e todos contribuem para encontrar melhores respostas constitucionais para a sociedade, cada qual com suas distintas e importantes características e responsabilidades institucionais (Bateup, 2006:1170).

A autora paradigma aqui seria Janet Hiebert que, embora escreva com vistas ao caso canadense, certamente poderia ter suas teses expandidas para os EUA e outros países, segundo Bateup. Hiebert parte da afirmação de que cortes e parlamentos devem medir a razoabilidade de seus atos e decisões com base em suas próprias interpretações acerca dos valores contidos na Constituição.²²³ Consequência imediata desta abordagem é garantir aderência constitucional (ainda que mínima) a todas as leis, pois é sabido que nem todas as matérias decididas pelo parlamento serão questionadas perante a corte – as

²²³ Como afirma: “*While parliament may be required to react to judicial decisions, its contribution to Charter dialogue should also reflect its obligation to ensure that legislation, when first enacted and before being subject to judicial review, is considered by parliament to be consistent with and justified under the Charter. The emphasis is on proactive rather than reactive responses to the Charter. In this sense, parliament’s role will be to initiate dialogue and/or seek to influence existing dialogue when it believes that an alternative interpretation of the Charter is appropriate. [...] In light of the subjective and philosophical nature of the task of interpreting how these normative values of the Charter should constrain or influence state actions, this should not be construed exclusively as a legal exercise. There is little reason to presume that judges are the only institutional actors whose opinions are legitimate or whose voices are authoritative when interpreting and resolving conflicts around rights.*” (HIEBERT, 2000:3-4).

que não forem, devem também gozar de sustentação no texto da Constituição.²²⁴

Hiebert, assim como outros tantos autores (como Tushnet e Waldron) refutam a ideia de que cortes são melhor paramentadas para lidar com princípios e decidir com base em arrazoados “morais”. Crê, por outro lado, que há um certo insulamento político dos juízes, o que os favoreceria para perceber quando as políticas estipuladas pelo legislativo têm o potencial de ferir ou restringir desnecessariamente direitos fundamentais. Interpretar e enquadrar o sentido de direitos, ademais, é uma tarefa inerente e ordinária de quaisquer juízes, o que, de certa forma, adere como característica do próprio judiciário e o peculiariza.

Há, por outro lado, dificuldades com a atuação da corte, também correlacionadas à sua própria natureza, que podem ser sanadas com o olhar diferenciado do legislativo. É ele que melhor identificaria casos em que é necessário restringir direitos, pois teria mais condições de acessar aspectos da realidade política.²²⁵ As decisões políticas seriam, diferentemente das judiciais, baseadas em “[...] *specialized expertise, relevant information and data, previous trials and failures, comparative experience, and informed best estimates.*”²²⁶

²²⁴ Mendes (2009:236) assim bem sintetiza o pensamento de Hiebert: “[...] *Janet Hiebert is, in the Canadian debate, the author who offers the most developed normative version of the “coordinate construction” stream. She has reservations to dialogue. According to her, the “dialogue” stance attributes to courts a corrective role that is incompatible with the ideal of “shared responsibilities” and of “government through discussion”. For her, the interaction cannot be driven by the court. Both institutions have singular expertises that must be recognized. In a comparison of institutional capacities, she attempts to show that courts and parliaments analyse problems through different prisms. Judges would not be well positioned to assess the better or worse means chosen by the legislator. They would be able, nonetheless, to check whether the legislative deliberation had a good quality and if there was a sincere effort to strike a balance between rights and limits. The ambitious mission of the Charter of Rights, for Hiebert, was to imbue the justificatory practice of the three branches with a principled language, and not simply to grant the court the task of policing the others, supposedly potential violators. This attitude would reduce the responsibility of the other branches and create the risk that these other branches, concerned with the possibility of an external control, become too cautious and inhibited in implementing their ends. She vehemently rejects judicial hegemony as a condition for the protection of rights, and insists that the responsibilities be established in relational and horizontal terms. She defends that courts and parliaments should have a degree of modesty about the superiority of their respective judgments and respect the opinion of the other.*”

²²⁵ Lembrar aqui Vermeule (pág. 111), para quem os parlamentos são muito mais capacitados que as cortes para agregar variadas informações da sociedade.

²²⁶ HIEBERT, Janet. (2003). *Parliament and Rights*, in *Protecting Human Rights* (Tom Campbell et. al. eds.), pág. 240, *apud* Bateup (2006:1171).

Com esses papéis distintos, mas interconectados na dinâmica dialógica de interpretação constitucional, legislativo e judiciário devem agir com certa parcimônia e não superestimar suas decisões, buscando conhecer e aprender com os pontos de vista do outro. O diálogo iniciar-se-ia com o escrutínio de propostas de leis, no âmbito parlamentar, para saber-se se estão conforme a Constituição; seguir-se-ia com a corte analisando casos concretos, com julgamentos realizados em bases jurídico-argumentativas; e, finalmente, teria uma réplica do legislativo, que, a depender do que e como tiver se manifestado a corte, poderá ou não responder a decisão judicial. No caso canadense, este último momento poderá ser o da utilização da Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades, aplicando-se a *notwithstanding clause*.

Bateup (2006:1172) giza a concepção de Hiebert de que a vantagem de ser ter uma Carta de Direitos (uma Constituição) não é a promessa de solução judicial de disputas políticas envolvendo direitos, mas a substancial melhora da análise e busca estatal sobre a adequação das decisões públicas – isto por meio do diálogo constitucional.

O papel do judiciário, nestas teorias, é crucial sem ser superior ao do legislativo. Aquele não é moralmente mais capaz ou melhor aparelhado para decidir sobre direitos, mas tem, em sua conformação e regras de funcionamento, capacidades e defeitos que o parlamento não tem. A dificuldade contramajoritária é melhor resolvida aqui também, uma vez que, não havendo primazia aos pontos de vista judiciais, resta espaço suficiente para as decisões democráticas sobre direitos.

Esta abordagem, por outro lado, é certamente prescritiva, ainda que os aspectos que lhe podem viabilizar estejam presentes nas realidades constitucionais. Há riscos, portanto, de que os legislativos não consigam, na prática, dialogar com decisões das cortes, sucumbindo aos pontos de vista dos juízes. Há também a dificuldade, já manifestada quando da discussão das teorias de decisões centradas no procedimento, de o legislativo, em muitos casos, conseguir tornar a decidir políticas que tenha anteriormente abraçado, seja porque o seu conteúdo não é mais o foco pragmático do momento, seja

porque a própria maioria que antes atuou não seja mais a mesma.²²⁷ Ainda assim, no plano normativo, as teorias da parceria seriam as mais satisfatórias em apontar o papel dialógico – único e necessário – das cortes. Também respondem bem à dificuldade contramajoritária, pois não há qualquer supremacia dos juízes frente os parlamentares.

A incompletude destas teorias da parceria, por outro lado, seria o pouco grau de atenção que dariam ao papel do povo e da opinião pública no processo de diálogo, sobretudo em comparação com as abordagens do equilíbrio analisadas. A melhor perspectiva para o avanço dos diálogos constitucionais, pois, seria uma amálgama entre os predicados destas últimas duas teorias, reforçando o papel institucional do legislativo para responder à corte, mas sem subestimar a importância da população na dinâmica da interpretação constitucional.

2.1.3 Uma Promissora Teoria Dialógica

Além da sistematização, outra considerável contribuição teórica do trabalho de Bateup é a montagem de uma síntese bem elaborada e coerente das teorias do equilíbrio e da parceria. No tocante à dificuldade contramajoritária, porque tal fusão melhor lidaria com o equilíbrio de longo prazo, sem olvidar a necessidade de respostas céleres. O papel de diversos atores institucionais e sociais nos diálogos tem sua compreensão também enriquecida, pois não se privilegia apenas uns em detrimento dos demais.

As teorias do equilíbrio focam nossa atenção no potencial da ampla discussão social dos temas constitucionais – sendo ela ampla no sentido de envolver muitos atores para além das instituições do Estado, mas também de demandar uma alça de tempo maior se comparada com outras pretensões de resposta dialógica em menor prazo. Mas, como visto, estas abordagens não respondem bem à dificuldade contramajoritária quando se trata de temas de menor “saliência” social, em que não se deve esperar grandes mobilizações da

²²⁷ “[t]herefore, if this vision of constitutional dialogue is to become a complete reality, it will be necessary to think about how ways to structure the political branches, or the rules under which they operate, to enhance their abilities to participate in the resolution of constitutional issues.” (BATEUP, 2006:1173).

cidadania de discussões interpretativas. Estas lacunas podem ser, contudo, bem colmatadas com a adição de aspectos das teorias da parceria (Bateup, 2006:1175), as quais visualizam perspectivas institucionais peculiares a cada poder na busca pelo sentido das normas constitucionais, conhecendo e aprendendo um com a posição do outro e melhorando, com isso, as respostas finais.

No amálgama teórico proposto por Bateup, considera-se que os juízes podem, ao mesmo tempo, canalizar a discussão social ampla sobre temas constitucionais e trazer à arena do debate suas visões peculiares e enriquecedoras sobre o sentido das normas em questão. A corte pode, ainda, responder dialogicamente às postulações do legislativo que aprovou a lei debatida, compreendendo, mais do que o simples texto final, as razões que levaram o parlamento a fazê-lo.

Ao abraçar esta visão dialógica de mão dupla, seguem-se duas perspectivas sobre o controle judicial de constitucionalidade. Uma primeira, é que ele auxilia na produção de respostas mais duradouras, amplamente aceitas e construídas em conjunto pela sociedade sobre a compreensão constitucional. E a segunda, que ele auxilia no enriquecimento da resolução institucional de casos contenciosos concretos num debate profícuo de sentido com os demais poderes. Bateup (2006:1175-1176) então resume que, num contexto de desacordo profundo sobre o significado de direitos, essa compreensão teórica combinada oferece a chance de produzir respostas para os problemas constitucionais que não são apenas satisfatórias na resolução de casos específicos, mas que também o são para a cidadania como um todo.

A pesquisa jurídica e social que deverá seguir-se precisa concentrar atenção em como perceber e fomentar meios pelos quais os pontos de vista da cidadania podem chegar ao diálogo constitucional, sobretudo num ambiente que parecer ser (é o caso dos EUA), de decréscimo cívico-participativo.

O trabalho é concluído com a seguinte provocação:

[...] The challenge that remains for constitutional theorists is to think of creative design mechanisms that will enable this vision of dialogue to be more fully achieved in constitutional systems throughout the world. (Bateup, 2006:1180) [Grifo nosso].

Luc Tremblay (2005:617), que também escreve no contexto canadense, considera que “[...] *the kind of dialogue that would be needed to confer legitimacy on the institution and practice of judicial review does not - and cannot - exist. [...]*”, o que pareceria contestar muito da tese de Bateup e das demais abordagens dialógicas. O autor entende que a metáfora dos diálogos acaba tendo uma natureza meramente retórica no tocante a conferir legitimidade ao instituto do *judicial review*. A primeira razão para isto seria a doutrina da “responsabilidade judicial” (*judicial responsibility*), pela qual

[...] judges should be totally committed to the decisions they reach in particular cases. They must regard themselves as the authors of their decisions and should be capable of justifying them on the basis of reasons they sincerely believe are good and sufficient according to their best understanding of the law. In this sense, judicial decisions according to law should be truly attributable to the judges who sign them. In a word, judges must be “responsible.” The doctrine of judicial responsibility goes to the heart of the rule of law and constitutes a central part of the standards, norms, and virtues that constitute judicial ethics. (TREMBLAY, 2005:634).

Então, seguir-se-ia que, para manterem sua independência e responsabilidade, os juízes não deveriam subordinar seus pontos de vista àquilo que disseram os outros, o que inclui o legislativo. “[...] *Judges who would simply defer to the legislatures, with respect to constitutional interpretation and validity, would not be responsible. [...]*” (TREMBLAY, 2005:635). Os juízes não têm de justificar, segundo tal doutrina, suas decisões em razões que possam ser aceitas pelos parlamentares. Tais decisões devem estar apenas de acordo com as convicções mais profundas de cada magistrado. Logo, não se poderia falar de diálogo constitucional pela necessidade de que houvesse, como postula a doutrina da responsabilidade judicial, uma autorizada palavra final por parte do judiciário para garantir a independência de seus julgados.

A segunda razão pela qual, pensa Tremblay, os diálogos seriam impraticáveis reside no fato de que juízes, assim como todas as autoridades públicas, devem agir de forma legítima. Isso, para os juízes, significaria decidir com base na lei, além de que, tal lei, deva ser ela própria legítima. Em quanto a

esse segundo pressuposto do “agir legítimo” o autor nos brinda com as seguintes assertivas:

[...] the process of judicial review constitutes the institutional instrument by which judges verify whether a given norm is entitled to judicial enforcement or not and act accordingly. In practical life, judicial review becomes operational as a result of the judges’ own commitments to execute their basic, albeit abstract, moral duty to act in a legitimate way. It further follows that the process of judicial review derives from and is made morally legitimate—in principle—by the still more general principle of political morality that provides that “all political authorities in a state ought to act, as far as possible, in a legitimate way.”

Assim, como será sempre necessário que os juízes primeiro concordem com a constitucionalidade de uma lei para, somente então, aplicá-la, conclui-se que seria necessária a supremacia judicial. E, desta conclusão, deriva-se que não poderia haver diálogos constitucionais – saliente-se que o conceito de diálogos tomado por base pelo autor pressupõe a possibilidade de o legislativo meramente superar a posição da corte.

Pois bem, cremos que a doutrina da responsabilidade judicial é pouco mais que um *non sense* atualmente. Como veremos adiante, são robustas e numerosas as provas de que juízes não decidem de forma isolada e imparcial, nem perto disso. Ao contrário, suas decisões são fruto de um complexo que envolve opinião pública, constrangimentos ideológicos, preocupações com a imagem pessoal, necessidade de ampliar o poder do judiciário etc.²²⁸ Logo, ademais de não haver qualquer demonstração de que seja bom – e constitucional - que os magistrados julguem de forma estritamente independente, sabemos que, simplesmente, isso não ocorre.

Além disso, a afirmação de que os juízes devem poder aferir a constitucionalidade (legitimidade, portanto), das leis antes de aplicá-las com vistas a agir legitimamente é uma forma de engodo da lógica, pois considera-se implicitamente que a legitimidade da ação dos juízes é o valor mais relevante

²²⁸ “The normative theorists refuse to accept that the main forces that influence judges are political. They insist in the old habit of an absolute separation between politics and law: judges should decide only according to the latter, and be insulated from the former. And the myth of an institution distant from politics persists. There is, however, an inter-institutional relationship based on interdependence. Judges are products of the society in which they live and are influenced by its political forces.” (MENDES, 2009:224-225).

em uma sociedade política, maior que outros como equidade entre os cidadãos ou separação entre os poderes, apenas para exemplificar. Não o é, contudo. A legitimidade do agir dos juízes é tão importante quanto as regras democráticas digam que é. Muito além disso, nada exige que sejam os próprios juízes que afirmam que as leis que estão aplicando são legítimas para que sua própria ação o seja. Isso porque, um sistema político que assuma – como o francês ou o britânico – que é o Conselho Constitucional ou o parlamento (ou quem quer que seja) que tem a missão de dizer se uma norma é legítima não confere menos legitimidade aos juízes que a aplicam.

Em suma, parece que as objeções de Tremblay aos diálogos constitucionais como compreensão capaz de legitimar o *judicial review* apenas conduz à ideia de legitimá-lo *sem* a necessidade de qualquer deliberação, o que é menos – e não mais – propenso a enquadrar-se como democrático (e legitimidade é algo que se busca em função da democracia). Logo, as posições de Tremblay não devem causar abalo à promissora teoria dialógica em sua vertente deliberativa.

2.2 A superioridade epistêmica do diálogo: o valor da deliberação para interpretação constitucional

Normalmente, os estudos sobre diálogos constitucionais vão direto ao “como” podem os tribunais estruturar-se para dialogar com os demais poderes; contudo, em geral, pecam em responder “porque” isso seria o melhor. Quando se trata de abordagens que presumem-se meramente descritivas, como *e.g.* Hogg e Bushell (1997), isto não parece grande problema, pois a alegoria dialógica serve apenas de ilustração à dinâmica percebida. Contudo, em grande parte dos casos, a metáfora dos diálogos constitucionais traz consigo um apelo normativo, indicando que seria desejável que os sistemas nacionais adotassem essa lógica de funcionamento. Isto legitimaria democraticamente o controle judicial de constitucionalidade?²²⁹ Parece que, implicitamente, os autores creem que sim. Mas, com tamanha importância à sustentação dos

²²⁹ “That a dialogue between the legislature and the court could legitimize the institution of judicial review in a democracy is a powerful and appealing notion. [...]” (TREMBLAY, 2005:630).

argumentos prescritivos a favor dos diálogos, não poderia o esquecimento dessa legitimação restar obinubilado por presunções e silêncios. Eis o porquê de buscarmos, neste tópico, explicitar a razão pela qual sustentamos que a noção de diálogos constitucionais abraçada (e não qualquer outra) faz diferença e é desejável para enriquecer a democracia: é que, em razão da deliberação²³⁰ que pressupõe, ela agrega potencial epistêmico às decisões tomadas.²³¹

Na proposta de amálgama teórico de Bateup, vista acima, uma primeira consequência dos diálogos que ocorreriam segundo a prescrição seria a produção de respostas mais duradouras, híbridas, tomado um tempo mais longo e envolvendo o conjunto da sociedade (teorias do equilíbrio). Pode ser

²³⁰ *"In its Latin origin, 'deliberare' means 'deliverance' or 'bringing to life', an act that is associated with a more or less long and laborious process. In politics, deliberation is associated with pondering, consultation, and finally a resolving in the 'plena perfectio' of the law. It is also associated with a kind of reasoning that takes into account the utility ('in rationem utilitatis') of the subjects who deliberate and the communication of the deliberators both within themselves (pondering) and among themselves (consultation). Its end is not supposed to be decision alone or voting. In fact, deliberation is not meant to impose a decision but to achieve it. This is what 'deliverance' means: to put into existence or make manifest something the interlocutors have inside (which means that the interlocutors need to form their conviction before giving their vote). In any case, although a decision can be made without deliberation and although it can end in majority/minority divide, the assumption of deliberation is that a deliberated decision has more chance of being a good one and thus command rational conviction precisely because of the trial-and-error process it went through."* (URBINATI, 2008:198).

²³¹ Neste passo, adotamos na íntegra a premissa de Estlund (2011:30-31) para preferir um enfoque epistêmico à democracia: *"Creo que no podemos prescindir de la dimensión epistémica, si bien un enfoque simple y bastante influyente lo ha intentado. ¿Por qué no concebir la democracia como una forma de dar a cada persona (adulta) la misma oportunidad de influir sobre el resultado de la decisión? La justificación de los resultados se basaría entonces en una idea familiar: la equidad (fairness) del procedimiento que produjo la decisión. De este modo, no tenemos necesidad de sostener ninguna tesis sobre la tendencia de la decisión a ser correcta o incorrecta. La democracia, después de todo, parece un mecanismo justo para tomar decisiones, al menos como aspiración. Todas las personas tienen igual derecho a expresar sus opiniones políticas e igual derecho al voto. ¿Debemos entonces decir que la equidad del procedimiento es la mejor justificación de la importancia moral de la democracia? Aún no hemos definido ciertamente qué hace que un procedimiento sea equitativo, aunque todo parece indicar que la democracia es uno de esos procedimientos; sin embargo, también lo es elegir al azar entre dos opciones tirando una moneda al aire. [...] Si el valor de la democracia sólo estuviese basado en la equidad, las loterías deberían ser igual de justas que la democracia. Por supuesto que esto es inaceptable. La democracia implica algo más que la equidad, algo que contribuye a dar sentido a la idea de que la autoridad y la coerción jurídica pueden justificarse. Arrojar una moneda al aire no alcanza a justificarlas, al menos no en el mismo grado. Una hipótesis natural acerca de por qué, de hecho, queremos que el procedimiento tenga en cuenta las opiniones de las personas se fundamenta en la esperanza de que ellas tengan opiniones inteligentes... tal vez no demasiado, pero sí más que una moneda arrojada al azar. Esto introduce la dimensión epistémica en el tema, y es importante explorar si eso nos compromete a algo o no."* Veja-se que esta visão sobre a democracia não afasta em nada a possibilidade de defesa da supremacia do parlamento na adjudicação constitucional, apenas defende que as decisões democráticas são moralmente melhores em função da deliberação se comparadas com procedimentos não-deliberativos – ainda que equânimes – de resolução de conflitos.

verdade. Provavelmente pensar sobre se isso é assim exigiria manejar estudos sobre opinião pública, sociologia jurídica e história constitucional. Proveitoso, mas distante dos propósitos aqui traçados. Nos interessa, assim, a segunda consequência desta visão dialógica, qual seja, o enriquecimento do próprio conteúdo das soluções, advindo do crivo do maior número de instituições envolvidas e do olhar particular de cada uma (teorias da parceria).²³² Bateup não trata diretamente do porquê isso ocorreria, mas parece evidente que subjazem à sua ideia os postulados da democracia deliberativa.²³³ Também

²³² Há vertentes da teoria democrática que concebem a necessidade da deliberação pública por razões diversas, que não potencialização epistêmica dos resultados decisórios. Como ponderam Gargarella e Bergallo na apresentação de Estlund (2011): “[...] *quienes sostienen esta peculiar concepción [de deliberación con potencial epistémico] no postulan el valor de la deliberación, meramente, por la necesidad de buscar consensos más amplios, por el valor educativo y civilizatorio de la discusión, por el modo en que esta promueve prácticas de tolerancia, o simplemente por la posibilidad de dotar así de mayor legitimidad a las decisiones públicas. La discusión se defiende como una manera de favorecer la toma de ‘mejores’ decisiones: se asume aquí que, discutiendo entre iguales [...], podemos corregir nuestros errores y ayudar a corregir las posiciones de los demás. A este se refiere, em definitiva, la democracia deliberativa [...].*”

²³³ Veja-se o bom conceito-resumo de Souza Neto (2009:79): “[...] *a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. A experiência histórica demonstra que, assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada. A democracia deve envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da ‘res’ pública. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos ‘prima facie’, legítima e racional. Mas para que essa função se realize, a deliberação deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário. Todos devem poder participar. A participação deve ocorrer livre de qualquer coerção física ou moral. Todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do estado de direito, que é entendido, portanto, como condição, requisito ou pressuposto da democracia. De fato, não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais. [...]*” Zurn (2007:6-7) concebe que as teorias deliberativas salientam “[...] *the normative significance, and the empirical relevance, of discussion and debate for generating convincing public reasons for collective decisions and state action. Rather than viewing democracy as the simple aggregation of a majority’s private preferences, deliberative democrats tend to see it as a way of structuring wide cooperative participation by citizens in processes of opinion formation and decision. They thereby provide, to my mind, a more compelling picture of the ideals and actual practices of democracy.*” Modelos de democracia meramente agregativos de preferências (casos de Schumpeter e Dahl) não avaliam que exista potencial epistêmico no debate. Estes modelos entendem a democracia “[...] *as the making of collective political decisions through majoritarian decision procedures intended to aggregate and efficiently satisfy the individual interests and desires of citizens. [...]*” (ZURN, 2007:33 e 63). São assim os “*market models of democracy*” (ELSTER, 1997). Opõem-se aos modelos de democracia meramente agregativos de preferências os modelos que concebem a democracia como transformadora das preferências originais das pessoas, sendo que a democracia deliberativa é um desses modelos, ao lado da soberania popular e do perfeccionismo (NINO, 1997:133). “[...] *Um reconocimiento del valor epistémico de la democracia deliberativa implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria por sobre cualquier otro procedimiento para determinar soluciones*

sem falar dela expressamente, Marcelo Neves (2009:297-298) defende a riqueza (ainda que falando do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, mas sem dúvidas com aplicações diversas, inclusive ao diálogo entre poderes) de um produto final decisório que leve em consideração os diversos pontos de vista:

[...] todo observador tem um limite de visão do “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que “eu vejo o que tu não vês”, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro [...] *o ponto cego, o outro pode ver.*

Boa parte das obras sobre democracia deliberativa começa – ou passa – por John Stuart Mill e sua construção sobre como alcançar a verdade.²³⁴ E é absolutamente justo que o façam. Mill escreveu *On Liberty* (*Libertad*, na versão que utilizamos) em 1859, num contexto bastante diverso do nosso. Suas reflexões, porém, mostraram-se universais. O recurso a ele também faremos, talvez com algumas inferências inusuais. Pergunta o filósofo (1965:58):

¿Cómo se explica [...] que en la especie humana preponderen las opiniones y la conducta racional? Si esta preponderancia existe realmente – lo que debe suceder, a menos que los negocios humanos no estén y no hayan estado siempre em una situación casi desesperada – es debido a una cualidad del espíritu humano, la fuente de todo lo que hay de respetable em el hombre, ya como ser moral, ya como ser intelectual, a saber: que sus errores son corregibles. El hombre es capaz de rectificar sus equivocaciones por la discusión y la experiencia. No por la experiencia solamente: **es necesaria la discusión** para mostrar como debe interpretarse la experiencia. [Grifo nosso].

Mill considera que as opiniões e os costumes cedem gradualmente ante os fatos e argumentos; mas para que fatos e argumentos produzam alguma impressão sobre o espírito é necessário que sejam expostos. Muito poucos fatos podem nos dizer a sua história sem os comentários pertinentes para

moralmente aceptables a conflictos sociales, incluso aquellos que involucran derechos. [...] (Ibid., 293). Ver também o conceito de Cohen (1989:3).

²³⁴ “Cualquier concepción epistémica de la autoridad política debe enfrentar el desafío moral de enarbolar la verdad como guía [...]” (Estlund, 2011:150).

evidenciar sua significação. Toda a força e o valor do juízo do homem repousam sobre a faculdade que possui de poder retificar seu caminho quando se perde; aquele em que mais podemos confiar, portanto, é o que tem a possibilidade de retificar seus juízos com certa facilidade, pois os coloca à prova. E por quais formas um homem chega nessa condição? Apenas se prestar atenção a toda crítica formulada sobre suas opiniões e seus atos, e tendo por costume escutar tudo o que contra ele se possa dizer, aproveitando sempre que a crítica for justa, e apresentando em ocasiões (a seu próprio critério) a falsidade do que perceba não ser mais que um sofisma, e compreendendo que o único meio que o ser humano tem ao seu alcance para chegar ao conhecimento completo de algo é escutar o que podem dizer as pessoas de opiniões diversas, e estudar todos os ângulos em que pessoas de diferentes classes ou modos de ser possam considerar o tema. Jamais nenhum sábio chegou a adquirir seu conhecimento de outro modo, nem haveria na natureza da inteligência outro procedimento para conhecer a verdade (MILL, 1965:58).

Pensemos, primeiramente, que estas convicções de Mill em muito impregnaram aqueles que trataram da chamada “sabedoria das multidões”, como no teorema de Condorcet²³⁵ (visto no Capítulo 1, Seção 1.4). “Muitos”, segundo ela, provavelmente estarão mais certos do que “poucos”.²³⁶ Não estamos aqui a cogitar de uma conclusão entre a celeuma substantivistas vs. procedimentalistas, mas vale a pena, para nosso propósito, um debruçamento por sobre alguns aspectos dela.

É certo que uma das maiores divergências entre Dworkin e seu discípulo Waldron tem como cerne a chance ou não de se determinar, de antemão, qual é a decisão moralmente mais correta. Waldron, como já mencionado, não discorda que possa haver, filosoficamente, uma tal resposta (por isso ele não

²³⁵ Há diversas objeções ao teorema, inclusive dentro da teoria da democracia deliberativa, objetando, por exemplo, que as escolhas necessárias na democracia não são binárias (como pressupõe o teorema) e que nada prova que cada indivíduo tenha mais do que 50% de chance de responder “corretamente” (ESTLUND, 2011:41-42). Contudo, nossa menção aqui é apenas a essa ideia-força de que mais opiniões são melhores ao produto final.

²³⁶ “[...] *Because maximizing epistemic quality typically counseals that more heads are better than one, and that cognitive diversity within the decisionmaking group is desirable, epistemic considerations tend to yield larger decisionmaking groups whose members have fewer common premises and higher costs of communication.*” (VERMEULE, 2009:9).

aceita falar em relativismo moral), mas afirma que não dispomos de meios para apontá-la. Por isso, só podemos almejar um procedimento justo, inclusive das pessoas em mesma posição de igualdade. Talvez devêssemos concordar que não é possível encontrar, aprioristicamente, um critério válido para qualidade epistêmica de uma decisão, nisso estamos com o discípulo. Mas é possível cogitar de elementos procedimentais que permitam acercar-nos de algo que seja melhor (epistemicamente) do que um outro algo atingível por procedimentos diversos.²³⁷ Seria uma comparação da qualidade do produto de procedimentos, não de instituições por uma sua suposta qualidade ontológica avaliável pré-procedimentalmente (esta última é o que condena Waldron). Entendimento tal é endossado pela concepção de democracia deliberativa de Carlos Nino (1997:154):

La teoría que defiende es una concepción dialógica. Mientras algunas visiones de este tipo conservan la separación entre política y moral, mi concepción visualiza estas dos esferas como interconectadas y ubica el valor a la democracia en la moralización de las preferencias de las personas. Desde mi punto de vista, el valor de la democracia reside en su naturaliza epistémica con respecto a la moralidad social. Sotengo que, una vez hechos ciertos reparos, se podría decir que la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales.²³⁸

David Estlund, em texto crítico escrito sobre o livro *Law and Disagreement*, de Waldron, sintetiza a preocupação deste último: a justificação da autoridade política em sociedades plurais em que não se pode almejar um acordo unísono acerca de valores como justiça e bem comum.²³⁹ Mesmo

²³⁷ “El valor epistémico debe ser comparado con procedimientos alternativos disponibles para la decisión colectiva. El valor epistémico de la democracia puede bien ser muy bajo pero aun ser más alto que ningún otro modelo alternativo para tomar una decisión colectiva. [...]” (NINO, 1997:180).

²³⁸ Vale a menção comparativa que Nino faz das concepções de Rawls e Habermas sobre o conhecimento moral (1997:160): “[...] mientras Rawls parece pensar que uno puede alcanzar la conclusión de que un principio moral es válido sólo por medio de la reflexión individual – aunque la discusión puede desempeñar un papel auxiliar – Habermas claramente sostiene que este es imposible. Para Habermas, sólo la discusión colectiva, ‘en la búsqueda cooperativa de la verdade’, es una forma confiable de acceder al conocimiento moral.” Nino está num intermédio entre as duas, pois crê que o indivíduo também é capaz de atingir o conhecimento moral.

²³⁹ “The question for Waldron is how law and politics can claim authority over citizens in the light of widespread disagreement about even such basic matters as justice and legitimacy. Waldron assumes that political authority cannot exist unless it can, in principle, be justified to each

Waldron, diz Estlund (2000:111), afirma que nem todo o desacordo é aceitável, que há casos patológicos (“desacordos insanos” e “desacordos injustos”). E, se há argumentos que não podemos aceitar, então é viável uma categoria que poderíamos chamar de “desacordos razoáveis”, banda dentro da qual há divergências toleráveis.

The question [...] is not whether to distinguish reasonable from unreasonable views, but where to draw the line. Waldron accepts this. It is only “good faith” or “reasonable” disagreement that legitimate authority must accommodate on his view. So when he argues that there is disagreement about everything including justice, rights, and fairness, he is not making the empirically obvious point that everything is controversial to some degree. *Brute disagreement*, as we might call it, is undoubtedly pervasive. But Waldron has to mean rather that any position about rights, justice, or fairness could be rejected *reasonably*. [...] ²⁴⁰

O problema é que esta teoria da legitimidade de Waldron, que aceita os desacordos razoáveis, terá de tolerar, por coerência, a existência de desacordo razoável sobre si própria, sobre, por exemplo, o fato de que a igual dignidade de participação seja o “direito dos direitos”. Mesmo que aceitemos que seja (como aceitamos nesta tese), só podemos sustentá-lo se concordamos que há um peso moral nesta escolha, que há uma razão epistêmica para posicionar a participação acima dos demais direitos. A existência de desacordos profundos também poderia se dar no plano do que seja ou não razoável e, como Waldron rejeita as motivações irrazoáveis, então há, sim, uma linha que deve dividir os argumentos entre aceitáveis e não-aceitáveis:

[...] And it is precisely what is troubling to so many about the very distinction between reasonable and unreasonable objections. But we have to keep our eye on all the threats at once, not just this one. In a spirit of generosity, we might keep the category of unreasonable disagreement narrow and say that legitimacy requires that there be no objection that is not, say, crazy or vicious. All other objections would be decisive. But this shores up one weakness in the hull of our ship by blowing a hole in the other side. For there is no account of political legitimacy, including Fair Proceduralism, to which the only

person it purports to bind, even to many who are mistaken. I'll call this general view the liberal conception of political legitimacy.” (ESTLUND, 2000:111).

²⁴⁰ Estlund (2000:111-112).

objections are crazy or vicious. This more generous specification of reasonable disagreement leads straight to philosophical anarchism, the absence of any political legitimacy or authority.²⁴¹

Para que não caiamos no anarquismo filosófico e na ausência de legitimidade política, é necessário concordar que há arranjos políticos capazes de produzir leis que possam ser legitimamente exigidas e em que haja obrigação moral de obediência. E se, ao mesmo tempo, aceitarmos uma concepção liberal de legitimidade que pressuponha as objeções razoáveis, então não podemos igualmente compreender que toda objeção seja razoável a ponto de somente rejeitar, por irrazoáveis, aquelas que sejam “crazy” ou “vicious”. *“At the risk of unseemliness, we must rather hold that even some non-crazy, non-vicious objections are nevertheless unreasonable.”* (ESTLUND, 2000:116).²⁴²

O procedimentalismo de Waldron não tolera, contudo, tomadas de decisão por todo e qualquer método equânime, como um jogo de “cara ou coroa” ou uma loteria, isso porque, nestes, se há igualdade de chances, não há possibilidade de que o indivíduo faça de sua opinião algo decisivo. O procedimentalismo, tomado apenas como garantidor de posições equânimes, é insuficiente para sustentar o majoritarismo deliberativo que nos parece

²⁴¹ *Ibid.*, pág. 115.

²⁴² *“A natural adjustment to Waldron’s view, then, would be to avoid anarchism by holding that reasonable disagreement, while extensive, does not extend to Fair Proceduralism itself, at least in some fairly abstract formulation. So, he might hold that it is unreasonable to object to the view that in the face of reasonable disagreement about all other aspects of justice, rights, and the common good, decisions on these matters ought to be made by way of a fair process of democratic deliberation. The fairness of the process transfers to the outcomes, and places obligations of fairness on all citizens to obey. This obligation would constitute the authority of legislation, and the ultimate authority behind all political power. This avoids anarchism while maintaining the No Reasonable Objection view and Fair Proceduralism, by moderating the claim of Deep Disagreement. The question then turns to whether Fair Proceduralism is indeed an adequate theory of democratic legitimacy. Let me distinguish between two aspects of this contemplated adjustment to Waldron’s argument. One aspect is the acknowledgement that some account of political legitimacy is beyond reasonable disagreement, placing limits on the depth of disagreement. This aspect I have recommended and do not mean to challenge. A second aspect is the proposal of Fair Proceduralism in particular as the suitable account of political legitimacy. I want now to criticize this particular account of the democratic basis of legitimacy in order to campaign for an alternative that may be less open to reasonable objections, an alternative with which Waldron repeatedly flirts and which he may even find congenial.”* (*Ibid.*, pág. 119)

razoável.²⁴³ Waldron poderia dizer que a superioridade do majoritarismo sobre as loterias ou jogos de cara ou coroa reside em algo mais específico que a equidade: o valor de dar a cada pessoa a maior chance possível de ser decisiva para o resultado final ao mesmo tempo que dando a todos um peso igual na decisão. Mas, como se pode ver, o valor que estaria assim garantido não é apenas o de equidade entre as pessoas (que a loteria resolve bem), mas o de igual chance de influenciar o produto decisório. (ESTLUND, 2000:120).

É necessário perceber, contudo, que Waldron

[...] always describes the fair majoritarian procedure he endorses as including intelligent deliberation about justice and the common good [...] among a diverse and numerous body of citizens or representatives [...]. Deliberation, diversity, and large numbers of participants are not necessary for a procedure to be perfectly fair, since nothing is procedurally more fair to all citizens than a random choice; nor are these required to maximize equal individual chance of being decisive. **What these additional features do plausibly add to the procedure, though, is the application of intelligence to the questions facing a polity in a way that promotes the chance of a wise decision. Call this an *epistemic dimension of democratic authority*.** Waldron has a fair amount to say in both books about epistemic approaches to majority decision making, but oddly these reflections don't leave any traces on his account of democratic legitimacy. They are confined to his account of the proper interpretation of laws [...]. Waldron seems ambivalent about appealing to epistemic value of democratic processes, and it is worth considering why.²⁴⁴ [Grifo nosso].

E, ainda que uma concepção epistêmica substantiva, como seria a de Rawls, fosse rechaçável sob o ponto de vista dos desacordos insanáveis de Waldron, seria absolutamente compatível um

[...] ***formal epistemic account*** according to which a democratic process is held to have a tendency to get things right from the standpoint of justice or common good whatever the best conception of those might be. **The formal epistemic approach makes no appeal to any specific conception of justice or common good and so would be untroubled by the fact that there is reasonable disagreement about which conception is best or correct. Such disagreement would not hamper**

²⁴³ “[...] I don't believe, then, that procedural fairness can explain why, as we all believe, majority rule is a better collective choice procedure for legislation than various ways of choosing randomly.” (ESTLUND, 2000:120).

²⁴⁴ *Ibid.*, pág. 121.

the epistemic approach if it could be established beyond reasonable disagreement that whatever the best or correct conception of justice or common good is, certain democratic procedures have a certain tendency to produce outcomes conducive to justice or common good.²⁴⁵ [Grifos nossos].

Com estes argumentos, resta demonstrado que não há incompatibilidade entre uma abordagem epistêmica da deliberação e a defesa da “condição da política” em Waldron, pela qual são inerentes às sociedades plurais determinados desacordos morais razoáveis. É por isso que podemos, neste trabalho, defender a superioridade epistêmica da democracia deliberativa sem aderir a uma visão substantiva da democracia e sem postular uma específica teoria da justiça e da moral.

O tutano da teoria democrática, nesta vertente deliberativa, encontra-se na convicção de que tanto melhores serão as decisões quanto mais expostas à crítica pública séria e engajada elas forem, o que se perfaz melhor numa democracia. Esse procedimento de dizer uma opinião e expô-la à ampla chance de objeção é que seria melhor do que dar a alguém a certeza, de antemão, que sua opinião, qualquer que seja, será a considerada correta. Como assevera Mill (1965:58-59):

En efecto, el hombre prudente que conoce todo lo que puede decirse contra él, según todas las hipótesis probables; que há asegurado su posición contra cualquier adversário, que, lejos de evitar las objeciones y las dificultades, las ha buscado, y no há desperdiciado nada de lo que pudiera darle luz sobre la materia, tiene derecho a pensar que su juicio vale más que el de cualquier outra persona o que el de la multitud que no há procedido de este modo.

²⁴⁵ *Ibid.*, pág. 122. É enriquecedor, ainda, colacionar o seguinte excerto de Estlund (2000:122): “To Waldron, the formal epistemic approach sounds far-fetched [...]. How could we have any confidence in the ability of a process to get the right answer if we don’t even know what would count as a right answer? But notice that this is the normal situation in epistemology. We do not normally have independent access to the truth by which we can calibrate the epistemic value of some method or process of investigation. When some scientific procedure is held to have epistemic value the argument must normally proceed in what I have called the formal epistemic manner. Arguments must be offered to show that, whatever the truth is, this process has certain tendencies to ascertain it. If democratic epistemology is treated in the normal way, formally rather than substantively, reasonable disagreement over the correct conception of justice or common good is no obstacle to an epistemic conception of democratic authority.”

O enriquecimento epistêmico da democracia deliberativa se deve a que ela permite um melhor conhecimento das opiniões e interesses dos demais, exige uso da razão pública para a justificação de pontos de vista político-morais, reduz a incidência de erros sobre fatos e sobre questões lógicas pelas presenças de mais pontos de vista no debate²⁴⁶, permite a influência benéfica da dimensão afetivo-emocional da comunicação na discussão moral e democrática (ainda que esse papel seja auxiliar no processo deliberativo e que, em alguns casos, possa ser até contrário) e aproveita o potencial enriquecedor, que subjaz aos processos democráticos, da negociação e busca de adesões com base em argumentos (NINO, 1997:166-178).

Essa ideia de que nos aproximamos da verdade à medida em que mais nossa opinião é submetida à crítica sustenta desde a importância da liberdade de expressão (motivo, aliás, pelo qual Mill escreve sobre o tema), até a necessidade de ampliar a troca de razões entre instituições políticas com vistas a produzir soluções mais adequadas à sociedade (tema desta pesquisa). A relação da verdade com a liberdade é que, somente quando se pode exercer a liberdade de opinião, cada um – e a sociedade como um todo – consegue chegar à verdade.

Uma corte constitucional suprema que considere ter a última palavra somente por estar alocada no desenho institucional de um país nesta posição (como muitas vezes afirmam os membros do STF, por exemplo) – e não por seus argumentos – seria mais ou menos como a seguinte classe de pessoas relatada por Mill (1965:71):

Hay una classe de personas [...] a quienes basta que los demás apoyen su propia opinión, aunque no alcanzen de ningún modo sus **motivos**,²⁴⁷ y que son incapaces de

²⁴⁶ “[...] sostengo que la discusión con otros contribuye más a menudo a detectar errores fácticos y lógicos porque, en definitiva, la observancia fáctica y el uso de reglas de inferencia son el producto de facultades que todos tienen, y no es común que la mayoría de la gente cometa el mismo error. Incluso cuando la minoría está en lo correcto acerca de algunos hechos, la dinámica del conocimiento de la verdad tiende a ir de la minoría a la mayoría, y no en el sentido inverso.” (NINO, 1997:175).

²⁴⁷ Pense-se, ainda mais, em sistemas de funcionamento de tribunais como o STF em que a deliberação é externa e em que os votos são individuais e muitas vezes conflitantes (apenas o dispositivo é majoritário). Como argumentaremos adiante, em sistemas como este, não só é difícil entender quais foram os motivos para a corte decidir, como mesmo, muitas vezes, sequer é possível dizer que haja motivos *da corte* (há razões individuais dos ministros, mas não do

defenderla contra las más superficiales objeciones. Cuando tales personas han llegado a imponer su credo, **por la autoridad**, piensan, naturalmente, que de permitirse la discusión no puede resultar bien ninguno. Allí donde dominó su influencia, hacen poco menos que imposible una discusión prudente y con conocimiento de causa de la opinión admitida (aunque pueda discutirse inconsideradamente y con ignorancia, pues evitar por completo la discusión es casi imposible²⁴⁸), y si ésta [discusión] lograra abrirse paso las creencias que no están fundadas en una sólida convicción cederían con facilidad ante el más nimio de los argumentos. [...] [Grifos nossos].

E porque podemos fazer essa alusão tão direta entre a verdade, em Mill, e a “resposta mais correta possível”, que ora estamos a supor factível via um certo procedimento dialógico?²⁴⁹ Porque não há uma tal coisa como “a verdade” para o pensador inglês, pelo menos não no sentido de algo eterno e inatacável. Muito ao contrário, toda a defesa que o filósofo faz da liberdade de expressão dirige-se a concluir que nenhuma verdade é forte se se mantiver empedernida numa redoma de incontestação:

[...] Por dificultades que tenga una persona para admitir la posibilidad de que la opinión a que está fuertemente aderida pueda ser falsa, debería ocurrírsele que por muy verdadera que sea tal opinión se la considerará como un dogma muerto y no como una verdad viviente, si no se la puede discutir por completo, con frecuencia y de un modo resuelto. (MILL, 1965:71).²⁵⁰

tribunal). Em casos tais, não se tendo como discutir os motivos, também não se consegue discutir o mérito da opinião (decisão) em si.

²⁴⁸ Essa idéia de que é impossível evitar para sempre a contestação das opiniões e decisões de autoridade sustenta a convicção, por exemplo, de Mendes (2008) de que não há verdadeiramente uma última palavra na adjudicação constitucional, mas uma “última palavra provisória”, porquanto a sociedade sempre poderia achar canais de contestação futura das decisões e abrir novas “rodadas procedimentais”.

²⁴⁹ Essa relação da verdade com o procedimento decisório entre poderes também é vista em Vermeule (2009:7): “[b]y ‘epistemic’ I mean arguments according to which legal rules and institutions, including allocations of decisionmaking authority across institutions, can do better or worse at tracking the truth. Domains where there are no right answers, or no truth to be tracked, simply lie outside my area of concern.” Não é, contudo, da resposta correta das teorias substantivistas da argumentação que Vermeule está falando. Ao contrário, essa verdade não é ontológica, inata e *ex ante*. Como diz (2009:8), “[...] *the relevant truths need not be exogenous in the sense that they are independent of the preferences of a decisionmaking group; they can be truths ‘about’ what those preferences are.*”

²⁵⁰ Nino (1997:160-166) tem um excelente paralelo entre a ontologia e a epistemologia da moral, que resulta na defesa do construtivismo epistemológico: “*Es posible distinguir al menos tres principios ontológicos acerca de la constitución de la verdad moral y al menos tres principios epistemológicos acerca de su conocimiento. Examinaré primero los tres principios ontológicos básicos, llamándolos respectivamente O1, O2 y O3. O1: La verdad moral se*

A verdade só o é quando exposta, quando se sustentar diante dos argumentos que a vilipendiem. Ela pode ter sido boa por muito tempo, mas Mill mostra que em épocas passadas diversas verdades que o eram para a opinião pública (ele usa este termo) e para os ilustrados, mostraram-se retumbantes equívocos no futuro. Ou seja, não há qualquer problema em se afirmar que a verdade, em Mill, é exatamente o mais próximo que podemos chegar do bom, do certo, daquilo que a razão consegue aceitar num determinado momento da

*constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. O2: La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos. O3: La verdad moral se constituye por el consenso que resuelta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman. Expondré ahora las tres tesis epistemológicas: E1: El conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual. La discusión con otros es un elemento auxiliar útil de la reflexión individual pero, en definitiva, debemos actuar ineludiblemente de acuerdo con los resultados finales de esta última. E2: La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial. E3: El método de la discusión y decisión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral, ya que la reflexión monológica es siempre distorsionada por el sesgo del individuo en favor de su propio interés o el interés de la gente cercana a él debido al condicionamiento contextual y la dificultad insuperable de ponerse uno mismo en la situación de otro. Sólo el consenso real logrado después de un amplio debate con pocas exclusiones, manipulaciones y desigualdades es una guía confiable para tener acceso a los mandatos morales. Rawls sostiene la tesis O1 como caracterización de la verdad moral. [...] La posición de Habermas con respecto a la constitución de la verdad moral es la que he identificado con O3 [...] Sin embargo, en otros puntos, Habermas se acerca a la tesis O2 [...] Com respecto a la cuestión epistemológica, no hay duda de que Habermas es un firme defensor de E3. Cree, en efecto, que el conocimiento moral sólo se alcanza a través de la discusión real de todas las personas involucradas. En ningún caso la verdad moral puede alcanzarse – como lo sostiene E2 – a través de la reflexión individual. La reflexión individual puede, como máximo, sólo resultar en una contribución a la discusión colectiva. Por el contrario, sostengo que las tesis más plausibles acerca de la constitución y el conocimiento de la verdad moral son E2 y O2. Estas son las tesis intermedias entre Rawls y Habermas. [...] De acuerdo con E2, **el procedimiento de la discusión y decisión colectivas constituido por el discurso moral (incluso por su sucedáneo imperfecto, el sistema democrático de toma de decisiones) es el método ‘más confiable’ de aproximación a la verdad moral.** [...] la combinación de O2 y E2 [...] es la teoría metaética más plausible. Esta es la posición que llamo **‘constructivismo epistemológico.’** [Grifos nossos].*

história, com suas contingências.²⁵¹ E que pode deixar de ser verdade no futuro, exatamente porque não é perfeita, mas apenas o melhor que pudemos fazer até então. O procedimento para chegar nela? A deliberação ampla, sincera, engajada, centrada em argumentos e não em autoridade ou poder.²⁵² Não há verdade eterna; logo, não há conteúdo substantivamente correto para as decisões democráticas,²⁵³ pelo menos não um conteúdo que seja correto independentemente de disputa e argumentação. Vermeule (2009:8) aborda o tema:

A common mistake is to think that epistemic arguments can only be evaluated, pro or con, if we know what the relevant truths actually are. But real-world decisionmakers and institutional designers can and often

²⁵¹ “El proceso democrático con valor epistémico no es una ‘situación de discusión ideal’, sino una situación bastante realista.” (NINO, 1997:183).

²⁵² Nino (1997:180) diz que “[...]a capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias.” Condições ideais semelhantes, ainda que com peculiaridades e diferenças, são descritas por Estlund (2011:243-245).

²⁵³ Eis o porquê de este trabalho se filiar à corrente procedimentalista da democracia deliberativa, em detrimento daquela considerada substantivista. Ver Souza Neto (2009). Zurn (2007:7) também diz que “[...] **a deliberative conception of democracy and a proceduralist conception of constitutionalism belong together, and [...] this combination – deliberative democratic constitutionalism – is, in comparison with more traditional models, both more attractive normatively and more compelling empirically in modern societies marked by deep and apparently intractable moral disagreements.**” [Grifo nosso]. Estlund (2011:33) fala de um “procedimentalismo epistêmico”: “[...] *la índole del procedimiento que produjo las decisiones – y no el hecho de que sean correctas – justifica su obligatoriedad y su legitimidad. Con todo, si el procedimiento tiene tanta importancia es por un aspecto central: su valor epistémico. Llamo a esta estructura teórica la tesis del ‘procedimentalismo epistémico’. Esta es la estructura que tengo en mente cuando exploro los procedimientos democráticos que se utilizan en la elaboración de las leyes y las políticas públicas en general. Las leyes aprobadas democráticamente están investidas de autoridad y son legítimas porque son el resultado de un procedimiento que tiende a tomar decisiones correctas. [...]*” É importante esclarecer que, para os fins que estamos a considerar, as diversas acepções da democracia deliberativa concordam sobre a busca de um horizonte epistêmico, ou seja, em todas está presente a tentativa alcançar resultados mais próximos ao correto (a divergência é se seria possível conhecer a verdade moral antes do procedimento). O outro extremo teórico poderia compor-se de autores que não estão primacialmente preocupados com respostas epistemicamente melhores, e que, portanto, classificar-se-iam como não-epistêmicos (VERMEULE, 2009:9). Estes colocam como metas prioritárias do desenho institucional temas como estabilidade, igualdade de voz e segurança, mesmo que em detrimentos de respostas epistemicamente melhores.

do evaluate epistemic arguments about various legal rules or institutional arrangements without knowing the underlying truths. [Grifo nosso].

É possível, parece claro, cogitar de um desenho institucional que tenda, por sua própria lógica, a atingir resultados mais próximos da verdade mesmo sem conhecê-la de antemão,²⁵⁴ o que se daria garantindo o maior grau possível de exposição de uma proposição a argumentos.

Assumir que possa haver esta aproximação de uma resposta epistemicamente melhor não pressupõe a adesão a uma vertente substancialista ou substantivista da democracia. É, antes disso, uma forma de enxergar o amálgama entre democracia e constitucionalismo em que cada um desses cânones da modernidade ocidental se considera mutuamente dependente do outro, num produto que é o constitucionalismo democrático-deliberativo. Há, de fato, três opções teóricas para se conceber a relação entre democracia e constitucionalismo²⁵⁵: supondo-os conceitos (1) idênticos, (2) antagônicos ou (3) mutuamente dependentes (ZURN, 2007:104-105; OLIVEIRA, 2014:168).

No primeiro caso, a indiferenciação dos dois traz muito pouco valor analítico e mesmo faz perder de vista a riqueza de dois ideais que foram nascidos em tradições políticas diversas e que apenas recentemente se coesionaram. Já a consideração de democracia e constitucionalismo como objetivos diversos e opostos é um lugar comum da ciência política e do direito constitucional, variando as defesas teóricas quanto ao grau de proeminência a ser dado a cada um quando de seu casamento em um determinado sistema político. A democracia seria o governo do povo sobre tudo que lhe diga respeito e o constitucionalismo a criação e a limitação desse governo pela lei e pelos direitos fundamentais. Mas, se é o povo que faz a lei, logo está evidente o choque entre ambos. Nesta concepção da relação antagônica entre

²⁵⁴ “[...] Consider that it is perfectly ordinary, indeed inescapable, to ask whether, for example, an adversarial or inquisitorial system for producing evidence in criminal cases is better at tracking the truth, even when we do not know which accused criminals are in fact guilty and which ones are not. In general, we can and do evaluate the epistemic capacities of legal institutions indirectly, by looking at their inputs and processes rather than their outputs alone. And we do so with fair success.” (VERMEULE, 2009:8).

²⁵⁵ Nino (1997:190 e ss) trata dos temas como “constituição dos direitos” (em alusão ao constitucionalismo) e “constituição do poder” (como vinculada ao processo democrático).

democracia e constitucionalismo, a teoria normativa orienta-se em dois sentidos: ou privilegia um ou outro. Assim é que uns consideram supremo ideal o constitucionalismo como limitação importante da democracia, quase um pressuposto seu (aqui estariam as teorias de Bickel, Dworkin, e Rawls). Estes não se preocupam muito com o eventual carácter antidemocrático do controle judicial de constitucionalidade, ao contrário, afirmam que é ele que confere completude ao sistema de democracia substancial que defendem. Ao passo que outros superpõem a democracia como valor, que vê no constitucionalismo apenas uma sorte de limitações necessárias ao funcionamento daquela (e aqui temos, com seus matizes, Dahl, Ely, Waldron e Tushnet). Estes certamente são muito mais cétricos quanto ao controle judicial de constitucionalidade.

A consideração de democracia e constitucionalismo como mutuamente dependentes, por outro lado, tem o condão de reconhecer a diferença entre estes ideais, mas perceber que a realização de seus princípios intrínsecos depende de que as instituições e práticas de cada um sejam perfiladas com as do outro numa relação de simbiose ou reforço mútuo – sem hierarquias.²⁵⁶ Seria, segundo Zurn (2007:105), a posição teórica de Habermas, Freeman, Holmes, Nino e Sunstein. É, conforme cremos, o pano de fundo da democracia deliberativa nesta vertente encampada.²⁵⁷ Nino (1997:168), por exemplo, sentencia:

[...] En efecto, un proceso de discusión moral con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada – el centro del concepto de democracia de la visión normativa que estoy articulando – tiene mayor poder

²⁵⁶ “[...] *El valor epistémico de la democracia deliberativa supera el conflicto entre estas dos dimensiones del constitucionalismo [dimensiones sustantiva y procesal ideal de la constitución compleja] dado que ellas se ubican en niveles diferentes y no pueden competir la una con la otra. La constitución ideal de los derechos es el producto final al que tendemos a llegar. Su materialización en una sociedad dada es lo que hace de la constitución ideal del poder algo valioso, y los derechos establecidos constituyen razones para justificar acciones o decisiones. En contraste con ello, la constitución ideal del poder es el mejor medio para acceder al conocimiento de la constitución ideal sustantiva y de las razones justificatorias que ella provee. La materialización de la constitución ideal del poder sólo provee de razones para creer que ciertos derechos son establecidos por la constitución sustantiva. Más que una tensión entre la constitución ideal de los derechos y la constitución ideal del poder, la relación parece más semejante al proceso de regar la tierra y el efecto consiguiente de que crezca el pasto.*” (NINO, 1997:191).

²⁵⁷ Como diz Linares (2008b:488) “[...] *Es oportuno señalar que el diálogo interorgánico suele ser promovido por muchas corrientes del pensamiento que se inscriben dentro de la teoría deliberativa de la democracia.*”

epistémico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier outro procedimiento de toma de decisiones colectivas.

A antítese da dinâmica deliberativa é a adversarial: nesta, a luta é pelo poder e pela decisão final, apenas.²⁵⁸ A decisão tomada no processo adversarial agrega muito pouco ou mesmo nada ao conteúdo epistémico da decisão. Mendes (2008:211) resume bem a diferença:

[...] Podemos pensar em dois tipos-ideais de interação, a partir da oposição entre duas atitudes puras: a deliberativa (que fala e escuta, com o objetivo da persuasão), e a adversarial (que fala para se impor). O primeiro está mais exposto publicamente ao argumento, mais aberto ao reconhecimento do diálogo, e mais disposto ao desafio deliberativo. [...]

É possível dizer, portanto, que toda a análise empreendida neste trabalho está voltada ao esclarecimento de qual é a postura interinstitucional (relações parlamento-judiciário), no Brasil, no tocante ao controle de constitucionalidade: deliberativa ou adversarial? No primeiro caso, teríamos decisões epistemicamente melhores²⁵⁹; no segundo, não.

Em suma, é assim que ponderaríamos a Waldron²⁶⁰: a resposta correta não temos como apontar *a priori*; concordamos que a forma de resolver nossas

²⁵⁸ Em tópico seguinte, diferenciaremos modelos dialógicos materiais (em que há efetiva troca de argumentos) dos formais (em que há apenas disputa pela última palavra). É absolutamente correta a correlação dos modelos materiais à lógica deliberativa e dos modelos formais à lógica adversarial.

²⁵⁹ Isso em função da riqueza das diferentes perspectivas e acúmulos deliberativos de cada poder envolvido no diálogo: “[...] *If left to any one branch the same issue might be resolved differently because each branch brings to the issue a different perspective, a different set of priorities and considerations. Inter-branch deliberation is a way to insure that competing perspectives, competing arrays of reasons and considerations, are brought to bear on major issues of public policy. If it is true that, by design, Presidents tend to look at political issues differently than Congresses or Courts, separation of powers can be conceived as a way to bring these different perspectives into a deliberative mix. Separation of powers can be conceived as an effort to give institutional voice to different democratically relevant concerns and perspectives.*” (TULIS, 2003:209).

²⁶⁰ “[...] *Waldron deja bien claro que su alegato a favor de la equidad de las asambleas populares no implica asumir que ese proceso tenga algún valor epistémico. Expresamente descarta la idea de Aristóteles de que un grupo numeroso de personas puede lograr un mejor entendimiento sobre cualquier cuestión que una persona en solitario. La equidad honrada por las grandes asambleas es, según Waldron, una especie de equidad no-epistémica. La teoría de Waldron no dice que las grandes asambleas sean equitativas porque permiten que, en las circunstancias del desacuerdo, todas las opiniones sean expresadas y oídas ‘con miras a que prevalezca la mejor decisión’. Esa no es la perspectiva que defiende Waldron. Una teoría semejante apelaría al valor epistémico del procedimiento, algo que no forma parte de su*

divergências em sociedade deve passar pela elaboração de um procedimento que assegure igualdade de participação a todos os cidadãos, garantindo igual dignidade a todas as posições; todas as opiniões devem ser ouvidas e consideradas para o deslinde dos problemas, o que costuma ser realizado com algum grau de proficiência no parlamento;²⁶¹ mas o tribunal também pode ter (*pode ter* não significa que *sempre* tenha ou que *costume ter*, mas apenas que *pode*) uma opinião fundada em argumentos,²⁶² até mesmo com riqueza de arrazoamento em função de seu diferente desenho institucional, mais

argumento. La teoría de Waldron, en cambio, dice que la equidad exige darle a cada uno una igual oportunidad para hacerse oír, con independencia del valor epistémico que tenga dicha manera de tratar a las personas y sus opiniones. [...] (ESTLUND, 2011:140). O próprio Estlund (Ibid., 141-143) tece interessante ponderação: diz que, no fundo, a defesa de Waldron da necessária deliberação prévia à decisão parlamentar só se justifica se assumir-se que há valor epistémico no processo de deliberação em si. Do contrário, poder-se-ia adotar qualquer outro procedimento equitativo, como um jogo de dados. Assim, lança: “[...] Si lo único que importa es la equidad procedimental, la deliberación deviene supérflua. Si en cambio reconocemos que la deliberación es importante, la teoría estará obligada a desprenderse de los valores procedimentales y deberá aceptar el valor epistémico del procedimiento.” (Ibid., 134). Argumento similar, sem Waldron e a epistemologia como alvos, é visto em Tribe (1980:1070-1071): “If process is constitutionally valued, therefore, it must be valued not only as a means to some independent end, but for its intrinsic characteristics: being heard is part of what it means to be a person. Process itself, therefore, becomes substantive. There is a curious irony here. One who holds that constitutional law should aim chiefly to perfect process is apparently unable to treat process as itself valuable. For, to see why process would itself be valuable-intrinsically so-is to see why the Constitution is inevitably substantive. Instead, the processperfecter must treat process as ultimately instrumental, as but a means to other ends, and thus must regard as secondary what he would at the same time celebrate as primary.”

²⁶¹ “[...] we should expect legislatures to have significantly greater information and relevant reason collecting resources and capabilities than courts – not only because of their much greater staffs but also because of their representative make-up, the diversity of their membership, and their structural sensitivity to public input – the proposals [propostas de mudança institucional que o autor faz] are specifically tailored to taking advantage of these differences. They are designed to ensure that the elaboration of constitutional law, especially with respect to fundamental private autonomy rights, is better capable of fulfilling the demanding requirements for the justification of democratic law. In normative terms, laws are illegitimate to the extent that their processes of justification ignore the expected consequences and side-effects such laws can be foreseen to have on the interests of all affected by them. At least in principle, legislatures are structurally more open to the ‘full blast of sundry opinions and interest-articulations’ than courts, and such sensitivity is a primary reason to increase interbranch debate and decisional dispersal concerning constitutional essentials.” [Grifo nosso]. (ZURN, 2007:311).

²⁶² “[...] deliberative democratic theories [...] ought to be especially wary of arguments that rely on the supposition of the superior moral insight or general moral reasoning capacities of some select group of elites, unless of course they can supply very good reasons for expecting heightened powers of rationality from that group and from the institutional structures and roles they occupy. That is to say, they must be as attentive to the normative premise of the equal moral worth of the reasoning of citizens as to the political structures effected by the constitutionalization of deliberative forms of democratic governance. [...]” (ZURN, 2007:129). Ou seja, será tanto maior o problema de justificar a atuação da corte no controle de constitucionalidade quanto maior for sua incapacidade de considerar as razões expressas pelos cidadãos e suas instituições representativas na mesma tarefa de interpretação constitucional.

acostumado a falar na gramática de direitos, precedentes e garantias das minorias²⁶³; logo, não há motivo para excluir a opinião do tribunal²⁶⁴⁻²⁶⁵ (quando fundada em argumentos) ao se tratar de interpretação constitucional, pois ela poderá estar agregando profícuos pontos de vista ao debate e melhorando, assim, epistemicamente, a resposta final²⁶⁶; parece que um desenho

²⁶³ Vale colacionar o bom resumo de Tremblay do que seja a concepção de diálogos constitucionais como deliberação (2005:633-634) e porque ela legitima o próprio *judicial review*: “[...] *Dialogue as deliberation seeks to make collective decisions, to settle practical conflicts, and to reach agreements. It seems to be specifically designed to confer legitimacy on some practical outcome. Consequently, one might reasonably argue that this form of dialogue, qua dialogue, could legitimize judicial review and courts nullifying legislation, provided that such dialogue satisfies the conditions that confer legitimacy on the results: equality, rationality, and reasoned agreement. Of course, within this process, each institution has a distinct role to play; the courts may emphasize the importance of maintaining fundamental, substantive, and procedural values, while the legislatures may emphasize the importance of promoting certain social and economic goals. But the courts must try to convince the legislatures that their conceptions of the right balance between fundamental values and collective good are stronger, from a constitutional point of view, than the legislatures’ conceptions; in their responses, the legislatures must do the same with respect to their own conceptions. Each institution must put forward the best arguments in favor of their conceptions of constitutional justice, yet each must also be committed to changing their views if the other institution’s positions appear stronger. If it adequately represented the kind of dialogue that prevails, or could prevail, between the courts and the legislatures, the deliberative conception of institutional dialogue arguably could confer legitimating force on judicial review. Judicial review would be part of an ongoing process designed to arrive at reasoned agreements, and the institutional dialogue theorists would be right to claim that the final decisions are democratic. [...]*” Lamenta-se, contudo, que o autor conceba como improvável de acontecer uma tal forma de diálogos, pelas razões já expostas – e combatidas, no item 2.1.3 da Seção 2.1 do Capítulo 2.

²⁶⁴ Uma das características da democracia deliberativa, segundo Cohen (1989:4) é que “[b]ecause the members of a democratic association regard deliberative procedures as the source of legitimacy, it is important to them that the terms of their association not merely be the results of their deliberation, but also be manifest to them as such. They prefer institutions in which the connections between deliberation and outcomes are evident to ones in which the connections are less clear.”

²⁶⁵ “[...] *el hecho de que no existan buenas razones para que los jueces guarden la última llave del control constitucional no significa que ellos no puedan participar em el proceso colectivo de mejora y refinamiento de las decisiones colectivas, o que no haya razones para obligar a los cuerpos representativos a pensar sus decisiones dos veces, o a decidir com más calma. Más bien, como sujetos falibles, como tendemos a apasionarnos y a actuar irreflexivamente, movidos por nuestros primeros impulsos, es que tiene sentido diseñar herramientas para pensar mejor. En tal sentido, la institución judicial puede llegar a jugar un papel especialmente atractivo, obligándonos a pensar mejor, trayéndonos a cuenta argumentos que en primera instancia no habíamos considerado, u obligándonos a utilizar razones públicas para justificar nuestras decisiones, frente a quienes no hemos tomado debidamente en cuenta.*” (GARGARELLA, 2010:146).

²⁶⁶ Neste ponto nos afastamos da tese de Adrian Vermeule (2009:13), para quem “[...] *adding imperfect epistemic agents to the system might not merely produce diminishing returns, it might actually reduce de system’s overall epistemic quality. Adding judicial review of constitutional questions can induce a kind of epistemic free-riding on the part of legislators who anticipate that the judges will catch their mistakes, and who thus make more mistakes.*” Aqui, nesta última afirmação, nota-se uma grande semelhança com a tese do “beiral”, de Tushnet, já delineada no Capítulo 1. Discordamos de Vermeule porque não é em todo o tipo de desenho institucional que os legisladores terão incentivos para desconsiderar a Constituição na hora de decidir. Tal

institucional mais defensável sob o ponto de vista democrático-deliberativo, ao mesmo tempo que mantivesse a rodada procedimental final no legislativo (representativo)²⁶⁷, jamais prescindiria da opinião do tribunal (aqui estamos descrevendo em outras palavras as *weak-form of judicial review*²⁶⁸)²⁶⁹; modelos de controle forte, como o brasileiro, ainda que apresentem maior dificuldade para justificar democraticamente a palavra final do judiciário, certamente estarão mais próximos da decisão epistemicamente melhor e democraticamente mais legítima se o tribunal considerar os argumentos do

como entendemos, apenas nos casos de *strong judicial review* em que a corte possa invalidar até emendas constitucionais haverá tal problema, pois, neles, realmente é provável que as análises constitucionais dos parlamentares pareçam (para eles próprios) importar pouco. Porém, em sistemas em que haja uma chance de palavra final do legislativo – ainda que por emenda ou mesmo por mecanismos infraconstitucionais – aí os legisladores saberão da provável maior deferência da corte aos seus argumentos e, conseqüentemente, terão maiores incentivos para agregar valor epistêmico ao debate constitucional. Ou seja, a objeção de Vermeule é válida em determinados contextos (provavelmente como o brasileiro), mas não em todos. E, ainda assim, não parece conduzir à redução epistêmica da resposta final, mas apenas à sua não amplificação.

²⁶⁷ E aqui vai nossa concordância plena com Linares (2008a:177-178): “[...] *mi compromiso con una teoría del ‘ejercicio democrático’ de la revisión judicial cede ante el compromiso con una teoría de la autoridad final. Para decirlo de otro modo: si tuviera la seguridad de que todos los jueces van a emplear la revisión judicial de las leyes guiados por el ideal de la democracia deliberativa, entonces tal vez aceptaría con beneplácito un modelo robusto de justicia constitucional. Pero no tenemos buenas razones para pensar que ello va a ser así. Por ello creo que en una democracia la autoridad final debe siempre recaer en el Congreso. [...]*” [Grifo nosso]. Também Gargarella (2010:145-146): “[...] *Junto com Waldron, no veo una buena forma para justificar que la magistratura guarde la ‘última palabra’ en materia constitucional. Vivimos em democracia, entre otras razones, porque asumimos que todos, aun los jueces, pueden equivocarse. Y, asumiendo este dato, no hay Buenos argumentos para privar a la ciudadanía de su derecho final a decidir: sus errores, como los de cualquier otro individuo, grupo o órgano, pueden ser muy graves, pero nada nos dice que haya razones para pensar que corremos mayores riesgos dejando la ‘última palabra’ legal en manos de la ciudadanía. [...]*”

²⁶⁸ Mesmo os “descritivistas” Hogg, Bushell e Wright (2007:29-30) concordam: “[...] *It is obviously much easier to justify a weak form of judicial review than a strong form, because the influence of the unelected courts on public policy is much less when the courts' powers to review the laws enacted by the elected legislative bodies are only of the weak Canadian kind. When judicial decisions apply the Charter to strike down laws that are supported by popular sentiment (whether that sentiment is consistently ‘progressive,’ as some critics assume, or consistently ‘conservative,’ as others assume), the laws can normally be restored in substance by the competent elected legislative assembly.*” Tushnet (2008:209) chega a dizer que o controle de constitucionalidade dialógico pressupõe a supremacia parlamentar: “[...] *Importantly, in a system with dialogic judicial review, there must be some mechanism, such as the section 33 [of canadian model] override power, to make the legislature's insistence on its own reasonable interpretation legally effective.*”

²⁶⁹ É como também pensa Tushnet (2008:212): “[...] *Dialogic review capitalizes on the institutional advantage courts have in constitutional attentiveness by allowing the courts to bring constitutional values, in connection with specific problems, into focus in the legislative forum. This advances the constitutionalist value of limitations on democratic selfgovernance. With the issues brought to the legislature's attention, we can then advance the value of democratic selfgovernance by leaving the final decision to the legislature.*”

legislativo²⁷⁰; essa consideração de argumentos, pelo tribunal, supondo um ambiente deliberativo honesto²⁷¹, em muito limitará as possibilidades de invalidação da legislação, pois o judiciário terá de atacar as motivações do parlamento (interpretação constitucional feita pelos legisladores), não só o produto final (a lei)²⁷²; ademais, não é desprezível que, no sistema brasileiro, seja possível sustentar que há obrigação legal a que os poderes (e sobretudo o judiciário) considerem as razões dos demais na adjudicação constitucional (como será visto na Seção 2.4, adiante); poderá, ainda assim, a lei ser invalidada pelo tribunal e, neste caso, restará a chance de o parlamento emendar a Constituição (o que não é uma resposta dialógica, mas política), numa lógica adversarial²⁷³; e, neste caso, nos raros países em que se aceita,

²⁷⁰ Souza Neto (2009:102-103), mesmo que defenda a possibilidade de a corte constitucional intervir para garantir direitos considerados básicos para a deliberação, afirma que “[...] há uma forte presunção em favor da correção das decisões majoritárias. No âmbito da dogmática constitucional essa presunção se identifica com o ‘princípio da presunção de constitucionalidade das leis’. Por isso, se a corte constitucional pretende invalidá-las, deve fornecer boas razões para isso. O seu ônus argumentativo é, na verdade, ainda mais intenso que o incidente sobre os demais fóruns de deliberação oficial, como é o caso do parlamento.” É basicamente o mesmo que diz, sobre a necessidade de justificação, John Rawls (1997:95): “[w]e must distinguish, however, between how the ideal of public reason applies to citizens and how it applies to various officers of the government. It applies in official forums and so to legislators when they speak on the floor of parliament, and to the executive in its public acts and pronouncements. It applies also in a special way to the judiciary and above all to a supreme court in a constitutional democracy with judicial review. This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court’s special role makes it the exemplar of public reason.” Or should make it, deveríamos acrescentar...

²⁷¹ “Theories of democratic deliberation also tend to assume that successful deliberation requires arguments to be advanced sincerely or honestly in order for the deliberative product to be rational or mature. To the extent that we design institutions to encourage deliberation, our burden would include sanctions for pretextual, hypocritical, and other categories of argument in which the merits of the case are not sincerely advanced. Separation of powers theory offers a picture of deliberation in which politicians and citizens may retain their ambitions, interests, and prejudices, yet nevertheless contribute to a deliberative outcome.” (TULIS, 2003:201).

²⁷² Como diz Mendes (2009:237) ao tratar de posição de Hiebert sobre os papéis dos poderes na adjudicação constitucional: “[...] To a large extent, the parliament will have the court it deserves: if it practices a sincere and careful deliberation, the probability of facing judicial invalidations will be smaller. In case that happens, the parliament should demonstrate that its justifications are consistent, a product of transparent deliberation.”

²⁷³ Mesmo em se tratando de uma disputa, há quem argumente que, do ponto de vista epistêmico, a emenda constitucional produzirá um direito constitucional muito melhor do que a criação jurídica por meio da interpretação da corte, já que ambas as formas – e não apenas as emendas – estão sujeitas aos tão temidos “efeitos imprevistos” (*unintended consequences*). É o caso de Vermeule (2009:7): “[...] Judge-made law is [...] rife with unintended consequences; the inability of adjudication to take a systemic view of tradeoffs and interrelated variables exacerbates that risk. In this light, I attempt to state the conditions under which the process of constitutional amendment produces law that is superior, on epistemic grounds, to the process of common-law constitutionalism.”

como no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais²⁷⁴, realmente não parece que os argumentos democrático-normativos sustentariam, como cânone, a palavra final com a corte²⁷⁵⁻²⁷⁶⁻²⁷⁷; contudo, parece que nossa opção seja entre uma adjudicação constitucional que considera os argumentos do parlamento representativo e produz decisões provavelmente melhores do ponto de vista epistêmico e democrático,²⁷⁸ ou uma atuação soberba (adversarial) por parte do STF, que desconhece os motivos do Congresso Nacional e sustenta a decisão apenas por sua posição

²⁷⁴ O primeiro julgado da história brasileiro aceitando a revisão judicial das emendas à Constituição é o do *Habeas Corpus* 18.187, julgado pelo STF a 27 de setembro de 1926. A ADIn 815, relator ministro Moreira Alves, é paradigma até hoje.

²⁷⁵ Há quem, como Ely (1980) e Nino (1997), entenda que há valor epistêmico mesmo na palavra final do judiciário, desde que ela vise à satisfação das pré-condições da própria democracia. Neste caso, o valor da decisão da corte existe porque, ao infringir as condições básicas da deliberação, foi o processo mesmo que reduziu seu valor epistêmico. Ao garanti-las, o processo democrático volta a ter a presunção de gerador de decisões epistemicamente melhores. Não concordo com essa ideia da corte como garantidora das pré-condições da democracia, pela simples razão de que é ela – corte – que, num modelo de supremacia judicial, dirá a extensão que devem ter tais pré-condições.

²⁷⁶ Ainda que não seja risível a ponderação de que uma ou mais das pré-condições delineadas por Waldron (conforme mencionado à pág. 101) talvez não estejam presentes no caso brasileiro. Notadamente poder-se-ia questionar se existe, no Brasil “[...] *um compromisso da maioria da população e dos detentores de parcela do poder público com a defesa de direitos individuais, inclusive das minorias.*” A resposta não é simples e talvez, mesmo, seja negativa.

²⁷⁷ “A corte pode exercer sua autoridade sem supremacia judicial. A força ou fraqueza de um tribunal não depende de uma teoria projetada para lhe garantir a ‘última palavra’. Além disso, pensar a Constituição fora das cortes é expandir a possibilidade de reações políticas a decisões judiciais. Talvez a probabilidade de que uma decisão venha a ser revista seja muito pequena, mas a mera possibilidade de reações já mudaria a percepção da corte acerca de seus poderes. Isso pode tornar a corte mais sensível às opiniões do povo. Mais do que isso: favorece uma maior responsividade na dinâmica da tomada de decisão. O ‘povo’ aqui é entendido não como uma entidade abstrata, que esteve presente num momento fundante e depois sumiu, mas como uma autoridade verdadeira. Kramer sugere que a percepção da Suprema Corte em relação ao povo seria como os tribunais inferiores em relação à Suprema Corte: interpretam a Constituição de forma independente, porém atenta à circunstância de existir uma autoridade superior que pode rever as suas decisões. A mera possibilidade de que isso ocorra já produz um sentido de responsabilidade e sensibilidade que frequentemente pode estar ausente num modelo de supremacia judicial (Kramer, 2004: 253).” (CERQUEIRA NETO, 2014).

²⁷⁸ Esta visão de relevar um arranjo que, a despeito de francamente não atender ao ideal normativo-procedimental, é melhor em comparação com outras formas possíveis, em muito se afiniza com os postulados da democracia deliberativa. Neste sentido, preferir uma dinâmica em que as razões são consideradas aproximará muito mais o resultado do valor epistêmico do que optar por outra em que razões são irrelevantes. É como pensa Nino (1997:194), para quem “[...] *debemos basarnos en el supuesto de que el valor epistémico de la democracia no es todo o nada, sino gradual. La falta de la satisfacción completa de las condiciones ‘a priori’ puede privar a la democracia de algún grado de valor epistémico aunque no de su totalidad. Sin embargo, el sistema puede aún gozar de un considerable valor epistémico. Mientras que el punto exacto de medida puede ser difícil de determinar, la línea divisoria debería trazarse a partir de comparar la democracia con otros procedimientos de toma de decisiones colectivas. [...]*”

de guardião disposta no texto constitucional. Se forem estas as nossas alternativas, como parecem ser, o que preferir? E se, além disso, advogarmos que há obrigação legal para que o STF e o Congresso considerem e respondam os argumentos um do outro?

Certamente, com os pressupostos da democracia deliberativa, a resposta seria óbvia:

[t]he basic intuition [...] is to multiply the sites of constitutional elaboration, specifically, to disperse the processes of constitutional review both horizontally across the various branches of national government, and vertically throughout the deliberative public sphere by connecting systematically the informal and more formal public sites of constitutional debate and development. Hopefully such dispersal strategies should mitigate the ineliminable tensions between the ideal and the real, while at the same time improving actual processes of constitutional decision making by opening them to the diversity of relevant information and reasons available throughout the polity. (ZURN, 2007:265)²⁷⁹

Gargarella (2010:147) caminha em sentido bastante semelhante ao aqui traçado:

Un sistema institucional más sensato [...] podría orientarse a facilitar otro tipo de relaciones entre los poderes, permitiendo la mutua corrección entre los mismos. El Poder Judicial, por caso, podría obligar al poder político a rever su decisión, o a fundamentarla o justificarla de otro modo. En tal sentido, y *entre otras cosas*, debería ocuparse de hacer exactamente lo que hoy se niega a hacer, que es exigirle al poder político que dé razones públicamente aceptables de sus decisiones, impidiendo que las leyes sean el mero producto de las presiones de grupos de interés, el mero producto de intercambio de favores, o el mero resultado de la voluntad arbitraria de una ocasional mayoría parlamentaria. Una decisión democrática es algo distinto de todo aquello: es la que resulta de um debate colectivo, inclusivo, aberto, entre iguaes, y que tiene un privilegiado centro de desarrollo en el Parlamento. El Poder Judicial, en tal sentido, debería ayudar a

²⁷⁹ Assim também Mendes (2008:190 e 212): “[...] qual diálogo é mais desejável na democracia? [...] Sustento que a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo. **Essa seria uma razão adicional para embarcar no projeto da revisão judicial e, ao mesmo tempo, uma condição de sua legitimidade.** [...] Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial.” [Grifos nosso].

que el sistema de toma de decisiones se aleje cada vez más del escenario ficcional en el que hoy se ubica: un mundo en donde las decisiones públicas invocan la voluntad popular sin consultarla, mientras afirman los intereses de una élite cualquiera (política, económica, religiosa) según su capacidad de influencia. [...]

Como se pode perceber, o foco do presente trabalho abarca apenas parte da dinâmica de construção de sentido constitucional suposta pelas teorias deliberativas mais modernas. Tomadas essas possíveis dispersões hermenêuticas em âmbito horizontal e vertical, estamos a pesquisar apenas sobre a interação horizontal entre legislativo e judiciário, menosprezando o papel do executivo. Menos ainda analisamos o rico plano vertical, no qual seria necessário, em viés mais sociológico, perceber fluxos entre a sociedade civil e a adjudicação constitucional estatal. Nossa delimitação somente aos diálogos constitucionais entre legislativo e judiciário provavelmente empobrece a amplitude de visão que se teria ao conceber o controle de constitucionalidade incluindo também o executivo e as mais diversas esferas informais – e por que não internacionais – em que existem postulados legítimos acerca do significado da Constituição. Um quadro de análise completo sobre as aspirações da democracia deliberativa deveria necessariamente ter em conta tais outras esferas, que escapam ao âmbito traçado aqui. Num quadro mais amplo, em que se busca compreender o potencial deliberativo de uma sociedade quanto à compreensão constitucional, podemos localizar esta pesquisa como uma contribuição parcelar, que serve de elemento pontual em um projeto maior de análise dialógica.

Por outro lado, ao tratar da deliberação entre instituições²⁸⁰ (e não entre indivíduos), podemos tangenciar – sem prejuízos científicos – debates importantes da teoria democrática como, por exemplo, os graus e tipos de

²⁸⁰ A abordagem neste nível não é, contudo, inovadora. Jeffrey Tulis assina texto intitulado *Deliberation Between Institutions* (2003) em que afirma haver uma profusão de estudos sobre a aplicação dos postulados da democracia deliberativa em vários níveis *dentro* de instituições, como Congresso e convenções constitucionais, e *no* povo como um todo, como em juris, grupos intermediários, organizações e movimentos sociais, grande mídia e esfera pública. “[...] *these studies all seem to presuppose a locus either within an institution, or among a ‘people’ or subset of a people. There is another form of deliberation that occurs between constitutionally constructed institutions rather than just within them, and under the auspices of popular opinion, although not conducted by a ‘people.’*” (TULIS, 2003:200).

liberdade e igualdade²⁸¹ necessários à implementação de uma verdadeira deliberação.²⁸² Isto é possível porque não há falar-se em grandes diferenças entre legislativo e judiciário em termos de aparelhamento educacional ou capacidades cognitivas e/ou de acesso à informação, como se poderia falar em se tratando de pessoas naturais; tampouco – e muito pelo contrário – se pode cogitar de graus diversos de liberdade, até em função da suposta independência e harmonia entre os poderes (Art. 2º da CF/88). A transposição das teorias democrático-deliberativas do plano societal mais geral - cujas aplicações costumam ser pensadas para o nível individual – para o plano institucional faz com que utilizemos diversos conceitos e presunções que são pensados e válidos para pessoas (como capacidade de argumentação racional, liberdade, moralidade etc.) em organismos sociais tais como o legislativo e o judiciário. Isto é possível e razoável porque a adjudicação constitucional é um procedimento decisório cujas opiniões relevantes são institucionais, não individuais.²⁸³ Além disso, é possível aceitar que várias das características esperáveis das pessoas se encontrem também nas instituições, seja porque são formadas por pessoas, seja porque a deliberação no âmbito interno de cada uma pode ser interpretada à luz da democracia deliberativa.

²⁸¹ “[...] Para que el intercambio de opiniones no sea meramente un diálogo, sino además un diálogo democrático, es necesario considerar el contexto de inclusión y participación en pie de igualdad en que se desarrolla la comunicación entre los participantes. Teóricamente, el ideal de la democracia deliberativa exige que todos los afectados por una decisión tengan la oportunidad de participar y exponer sus puntos de vista, y que cada opinión tenga un mismo valor en la determinación del resultado final.” (Linares, 2008b:514). Ver também Estlund (2011:40).

²⁸² Nino, com razão, ao tratar das possíveis objeções à democracia deliberativa, considera que as desigualdades entre os indivíduos são os mais fortes problemas para justificar o valor epistêmico das deliberações levadas a cabo em comunidades políticas reais. Quando focamos em processos deliberativos entre poderes – como estamos a fazer neste trabalho - estas desigualdades, contudo, reduzem-se imensamente, tornando-se irrelevantes. Logo, a própria ideia de melhoria epistêmica dos resultados se fortalece (pois a deliberação é entre iguais). Diz Nino (1997:202): “[c]reo que la objeción más fuerte a este tipo de perspectiva epistemológica de la democracia se presenta desde la práctica política. En última instancia, deben resolverse las objeciones prácticas vinculadas con la existencia de desigualdades sumamente extendidas y aberrantes y la profunda pobreza relativa dentro de comunidades políticas democráticas. [...]”

²⁸³ “[...] las normas restrictivas concebidas para promover la discusión razonada, en pie de igualdad, pueden ser menos vulnerables al incumplimiento, y por ello son más eficaces, en los contextos políticos formales [parlamentos e cortes] que en la esfera política informal o que en la sociedad en general. Más aún, en la esfera política formal los costos epistémicos que acarrear esas restricciones son muy pequeños [...]” (ESTLUND, 2011:281).

A convicção é de que a ampliação dos pontos de vista, das experiências e, sobretudo, das razões²⁸⁴ consideradas é sempre uma forma de mitigar as diferenças entre o ideal e o real, e de melhorar os resultados decisórios finais, seja em termos epistêmicos, seja – até por isso - quanto à legitimidade democrática que ostentam.²⁸⁵ Acredito que essa vinculação que ora fazemos entre a ideia-força dos diálogos constitucionais e a democracia deliberativa é uma posição pouco explorada – sobretudo no Brasil – e sumamente capaz de alocar o devido papel normativo a esta teoria em ascensão.²⁸⁶

Cumprе alertar, por fim, que, mesmo aqueles que negarem o potencial epistêmico à democracia, poderão enxergar algum valor nos resultados desta pesquisa, precisando, para isso, apenas concordar que é melhor para o sistema jurídico brasileiro que a decisão sobre o sentido da Constituição, em cada caso, seja tomada com base num procedimento em que os poderes legislativo e judiciário considerem, efetivamente, os argumentos um do outro. Se, por outro lado, alguém afirmar que o melhor é o STF desconhecer os

²⁸⁴ “[...] ¿Querriamos que nuestras decisiones políticas sean tomadas por un procedimiento capaz de reconocer razones em vez de en vez de por un procedimiento meramente equitativo (como arrojar una moneda al aire), si no fuera porque el reconocimiento de las mejores razones tiende a la toma de mejores decisiones? No. [...]” (ESTLUND, 2011:149).

²⁸⁵ “La visión deliberativa de la democracia basada sobre su valor epistémico resuelve esta tensión entre el proceso y el contenido. [...] el valor del proceso no puede ser menospreciado por los resultados alcanzados a través de él, dado que el valor del proceso yace en producir los resultados que son presumiblemente valiosos. [...] Se presume que los resultados son buenos sólo porque ellos han sido producidos a través de ese proceso. En consecuencia, la tensión entre el valor de este último y el de sus resultados simplemente se diluye debido a la conexión esencial existente entre los dos.” (NINO, 1997:190-191). “El procedimentalismo epistémico no exige que los procedimientos democráticos sean extremadamente exactos. Este es un punto fácil de olvidar, porque una alternativa natural al enfoque epistémico diría que las leyes son legítimas y gozan de autoridad sólo si son justas o correctas. Por lo tanto, el rumbo general de las leyes sólo tendrá legitimidad y autoridad si es correcto: esto es, sólo si el procedimiento acierta con una altísima probabilidad em dicho sentido. El procedimentalismo epistémico es otra cosa. Se limita a afirmar que un modesto procedimiento epistémico otorga legitimidad y autoridad a la generalidad de las leyes, incluso a las leyes equivocadas. [...] no estamos buscando una fuente con una altísima probabilidad de acierto (aunque sería bueno encontrarla). Las necesidades de la teoría pueden satisfacerse de manera más modesta.” (ESTLUND, 2011:44). “[...] las desviaciones prácticas del ideal no son tan perniciosas: la práctica democrática, desde una perspectiva realista (no utópica), puede poseer valor epistémico pese a las desviaciones profundas e inexorables del ideal deliberativo epistémico. [...]” (Ibid., 243).

²⁸⁶ É, talvez, uma forma de responder a Mendes (2009:245): “Despite their innovations, these theories [dialogical theories] still lack a more comprehensive development about the role of deliberation in politics, of the achievements it may pursue and values it may fulfil. In other words, they still need to be placed in a general theory of deliberative separation of powers. What does a theory of deliberative separation of powers entail? What are its basic theoretical burdens, the questions it needs to answer?”

fundamentos pelos quais o Congresso Nacional considerou que determinada lei harmonizava-se com o texto da Constituição ao julgar, por exemplo, uma ADIn contra essa lei, então realmente esse alguém não poderá extrair nenhum valor heurístico deste trabalho.

2.3 Conceito de diálogos constitucionais que utilizaremos²⁸⁷

Toda a defesa que acima foi feita do valor epistêmico da deliberação serve a um propósito específico: sustentar que o conceito de diálogos constitucionais aqui utilizado é o mais adequado – entre diversos possíveis²⁸⁸ – à teoria democrática. Numa síntese inicial, afirma-se que o potencial epistêmico dos diálogos está na discussão das razões²⁸⁹ de cada ator; e que há reduzido

²⁸⁷ Há diversas concepções de diálogo fora do Direito e da Ciência Política, tais como BOHM, David. (1998). *On dialogue*. Londres: Routledge; BUBER, Martin. (1982). *Do diálogo e do dialógico*. São Paulo: perspectiva; ELLINOR, Linda; GERARD, Glenna. (1998). *Dialogue: rediscover the transforming power of conversation*. Nova York: John Wiley & Sons; ISAACS, William. (1999). *Dialogue and the art of thinking together*. Nova York: Doubleday Currency; MARIOTTI, Humberto. *O automatismo concordo-discordo e as armadilhas do reducionismo*. www.geocities.com/pluriversu; YANKILOVICH, Daniel. (1999). *The magic of dialogue: transforming conflict into cooperation*. Nova York: Simon & Schuster. São conceitos de outros ramos da ciência, tais como psicologia e administração. Todas, sem exceção, aproximam-se da ideia de que diálogo pressupõe troca de argumentos e não mera disputa pela prevalência da posição final.

²⁸⁸ Pense-se o diálogo como “conversação”, como uma das vertentes concebidas por Tremblay (2005:630 e ss). Nesta espécie a conversação entre duas ou mais pessoas não tem qualquer interesse decisório, mas apenas hedonístico, heurístico ou qualquer outro que não implique a obrigação de produzir necessariamente conclusões em função do diálogo. Em contraste, temos o diálogo como “deliberação”, este sim de que estamos tratando.

²⁸⁹ John Hart Ely provavelmente não acreditaria na ideia de diálogos, pois é partidário de determinado papel relevante à supremacia judicial na defesa de pré-condições democráticas. Ainda assim, ele promove um relevante escrutínio acerca da importância de se verificar as motivações expressas quando da aprovação das leis em geral pelo Congresso. Ely acredita que, quando fosse possível verificar que as razões para a deliberação de um determinado estatuto legal fossem – elas próprias – inconstitucionais, o produto da decisão também o seria, ainda que pudesse haver motivos outros, estes válidos, que tivessem levado ao mesmo texto de lei (ELY, 1980:136). O cerne da ideia parece-se com o que hoje é tido no direito administrativo brasileiro como teoria dos motivos determinantes, pela qual um ato administrativo pode ser invalidado quando a ele se agregar uma motivação inaceitável (como uma transferência de funcionário com vistas a satisfazer mera vingança pessoal do chefe ou demissão por razão de preconceito político-partidário). Nino (1997:279), com algumas nuances, chancela a mesma concepção: “[...] **es esencial considerar las razones genuinas de las normas jurídicas, dado que ellas determinan la razonabilidad de su aplicación y su constitucionalidad.**” [Grifo nosso]. Advoga Linares (2008a:170-171) que: “*La segunda misión del control judicial de las leyes [la primera es mantener íntegro el proceso deliberativo] es la de evitar que las normas se promulguen con base en razones “perfeccionistas”, esto es, en argumentos pertenecientes a la moral privada. Recordemos que moral privada se diferencia de la moral pública o intersubjetiva en que la primera prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos sobre el propio individuo actuante. En cambio, la moral intersubjetiva prescribe o*

potencial quando se pensa num conceito de diálogos constitucionais adversarial, em que não importam argumentos e motivos.

Diálogo constitucional e superação pelo parlamento das decisões do judiciário (soberania parlamentar) não são a mesma coisa. Esta pode servir àquele, mas nem sempre é assim – e isso depende do conceito que se adotar. Diálogo, como o concebemos, é uma troca fecunda, é a capacidade de proferir argumentos e responder considerando efetivamente os argumentos da outra parte, o que aproxima nosso conceito daquele agasalhado pelas teorias da parceria, mencionadas por Bateup, em que um poder *aprenderia com as manifestações interpretativas dos demais* (ver item 2.1.2.4 acima). Quando o legislativo simplesmente revoga (nos sistemas em que isso é possível) uma decisão constitucional da corte sem arrazoar esta decisão em aspectos epistemológicos de uma sua melhor compreensão da Constituição e também naquilo que disse a corte, certamente não está dialogando (pelo menos, não no sentido material que aqui assumimos como desejável).²⁹⁰ De albergar-se a concepção de Hiebert (2000:4):

prohíbe ciertas conductas por sus efectos respecto de terceros [...]. La principal consecuencia de esta distinción radica en que los jueces constitucionales deberían vetar cualquier ley basada en razones de moral privada. Por ejemplo, la Corte debería vetar una decisión que restringiera el consumo, producción y difusión de literatura pornográfica 'alegando que el contacto con esos materiales resulta un componente indeseable de cualquier plan de vida'. Pero ello no significa que el Congreso tenga las manos atadas respecto de la regulación de la pornografía. Porque los legisladores podrían argumentar, por ejemplo, que esas restricciones 'evitan' la violencia sexual o contribuyen a erradicar un determinado estereotipo de mujer. En tanto que hubiesen sido esos los argumentos esgrimidos, la Corte debería respetar la decisión."

²⁹⁰ Nino (1997:230) tem uma ilustração brilhante sobre o que significa um ambiente público democrático em que as instituições não dialogam sobre as razões umas das outras para a tomada de decisões, o que, segundo ele, é a regra: “[...] Consideremos, por ejemplo, el problema del aborto. La estructura final de la solución sobre el asunto incluirá un procedimiento extremadamente complejo donde, em Estados Unidos, interactúan muchas dimensiones gubernamentales. Estas dimensiones incluyen: gobernadores y legislaturas estatales (elegidas em diferentes momentos), el presidente, el Senado y la Cámara de Representantes (ambas elegidas em diferentes momentos por procedimientos distintos), así como también jueces, particularmente los de la Corte Suprema. En efecto, esta última puede bien limitar la acción estatal y federal a la luz de una interpretación institucional basada sobre la voluntad de un pueblo que vivió hace dos siglos. No hay ninguna garantía de que los resultados de esta complicada mezcla de visiones diferentes refleje la conclusión personal y mayoritaria de todas las personas involucradas que participaron siguiendo un debate libre y abierto. [...] Si el resultado de toda esta caótica situación es que un ciudadano particular de un estado puede o no legalmente recurrir al aborto parece ser un problema casi de pura casualidad y sin una conexión significativa con el resultado del debate público sostenido por un grupo relevante.” Fica bastante evidente que a ausência de conexão da decisão que se efetivará ao final com a posição parcial de cada instituição é fruto, sobretudo, da ausência de consideração pelas razões mútuas.

[...] A dialogue-inspired view of the Charter need not accept the view that a single or correct answer always exists for a principled resolution of rights conflicts or that this answer need be derived exclusively from courts. Rather, it should accept the proposition that a range of acceptable answers for rights conflicts may exist and view their resolution as a joint responsibility of parliament and courts. While differences of opinion may exist, the parties should engage in dialogue to explain their assumptions and concerns, to try to convince the other party of the justification for their views, and to reflect upon the others' reasoned judgement. Dialogue should not be viewed as static but as dynamic. Both judicial and parliamentary views may change, in reflection of the concerns and assumptions of the other. After all, dialogue presumes listening to the other parties' concerns. It is not simply about acting on orders or disagreeing with those orders. Dialogue is fluid and ongoing.

O diálogo pressupõe que cada parte possa oferecer efetivamente razões que sustentem sua decisão²⁹¹ e que se destinem deliberadamente a convencer a outra.²⁹² Só há realmente uma opinião quando se verifica a existência de motivações que justifiquem claramente a tomada de decisão.²⁹³ Não são argumentos válidos em debates públicos aqueles casos em que ocorre, por exemplo²⁹⁴:

- 1- A mera expressão de desejos ou a descrição de interesses. Se simplesmente digo “isso é o que quero” para respaldar uma determinada solução de um conflito, me arrisco a uma resposta imediata do tipo “e daí?”;
- 2- A mera descrição de fatos, como uma tradição ou um costume, que uma autoridade humana tenha estabelecido ou uma divindade tenha ordenado (por exemplo, “neste condomínio nós sempre temos procedido desta forma”). Este tipo de descrição poderia servir só de

²⁹¹ Não é apenas a corte que costuma arrazoar suas decisões; ao contrário, “[...] *we need to take seriously the potentially deliberative and reasons-responsive character of legislative processes – and of course, their predictable deficits.*” (ZURN, 2007:226).

²⁹² “[...] *Una discusión no es una mera suma de reflexiones individuales que operan en forma aislada, sino que es un proceso colectivo en el cual la posición de cada participante se vuelve cada vez más focalizada como consecuencia de reaccionar a los argumentos de los otros. La reflexión de cada uno se ve así enriquecida por las de los demás.*” (NINO, 1997:210).

²⁹³ E aqui se afigura um problema no caso brasileiro, pois boa parte das decisões do STF são a posição do Tribunal apenas no dispositivo, sendo que a argumentação é uma sobreposição de votos individuais dos ministros, no mais das vezes, dissonantes e até contraditórios (SILVA, 2009:217). Nesse sentido, talvez seja difícil dizer que há opinião *do Supremo Tribunal Federal* em muitos casos. A mesma crítica é feita por Vieira (2009:501).

²⁹⁴ São hipóteses extraídas de Nino (1997:171-172).

premissa intermediária em um processo de argumentação, já que a autoridade de uma tradição ou de um legislador sempre pode ser posta em questão;

- 3- A expressão de proposições normativas que não são gerais, no sentido de que os casos aos quais se aplicam se referem a nomes próprios ou descrições definidas. Não se pode justificar uma proposta para finalizar um conflito somente dizendo, como último argumento, “isso é errado quando se-o-faz a mim” ou “isso está errado quando se faz a esse condomínio”;
- 4- A expressão de proposições normativas não está preparada para ser aplicada a casos que não se diferenciem de um específico, ou sobre a base de propriedades relevantes para as proposições mesmas. Este é o requerimento de universalidade, interpretado como uma condição para a consistência pragmática;
- 5- Inconsistências pragmáticas óbvias. Por exemplo, não se aceitarão como argumentos genuínos aquelas declarações que sejam incompatíveis com as manifestações que sejam feitas pelo mesmo indivíduo em outro conflito (algo tão comum no STF). Do mesmo modo, a manifestação será rechaçada se não estiver conforme os atos do indivíduo que a expressa;
- 6- A expressão de proposições normativas que desconsiderem solenemente os interesses manifestados pelos indivíduos. Devem se rechaçar justificativas ridículas que manifestem sustentar o interesse de ninguém (como, por exemplo, “esse aumento de impostos será bom para o orçamento”) ou de todos, sem qualquer demonstração em si, como “isso será bom para os interesses de todos”;
- 7- A expressão de proposições normativas que não intentem ser morais, ou seja, que não sejam aceitáveis de um ponto de vista imparcial, mas ofereçam razões prudenciais ou estéticas para justificar um conflito de interesses entre pessoas diferentes.

É a observância destes, e mesmo de outros limites aos argumentos públicos, que permite uma aproximação a uma discussão imparcial e, conseqüentemente, o aumento do valor epistêmico das decisões democráticas

com base na deliberação. Se exprimirem suas posições nalguma dessas hipóteses acima listadas, as manifestações do parlamento ou do tribunal não poderão ser consideradas argumentos válidos.²⁹⁵ É de se esperar que isso ocorra pouco, pois as opiniões autointeressadas têm mais dificuldade, na esfera pública, de se exprimir exatamente pelos limites impostos pelo debate. Como postula Nino (1997:173):

[...] La experiencia de las discusiones morales, sean informales o institucionalizadas, muestra que la gente a menudo se reprime de postular posiciones autointeressadas cuando las únicas posiciones que se les ocurren no serían vistas como argumentos genuínos [...]. Además, a menudo sucede que las personas formulan una declaración y, enfrentadas con el rechazo por no ser ella considerada um argumento genuíno por parte de otros participantes, modifican su posición.

Há diálogo quando as partes verificam a existência de um desacordo e estão obrigadas (por força da cultura institucional ou da própria lei²⁹⁶⁻²⁹⁷⁻²⁹⁸) a

²⁹⁵ “*Deliberation is reasoned in that the parties to it are required to state their reasons for advancing proposals, supporting them or criticizing them. They give reasons with the expectation that those reasons (and not, for example, their power) will settle the fate of their proposal. In ideal deliberation, as Habermas puts it, 'no force except that of the better argument is exercised' [...] Proposals may be rejected because they are not defended with acceptable reasons, even if they could be so defended. [...]*” (COHEN, 1989:4).

²⁹⁶ Veja-se que, no caso brasileiro, é possível afirmar de antemão que o STF estaria obrigado a responder aos argumentos do Congresso quando do controle de constitucionalidade, seja pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais (inc. IX do Art. 93 da CF/88), seja porque, pelo menos quanto às ADIns, é inafastável a requisição de informações à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (Art. 6º da Lei Federal nº 9.868/99). Em resposta, as Casas do Congresso se pronunciarão, no bojo do processo, sobre a constitucionalidade das leis e emendas constitucionais aprovadas, sendo razoável supor que o STF não possa se furtar a considerar os argumentos ali produzidos, sob pena de tornar irrelevante a disposição legal.

²⁹⁷ Essa obrigação estará sempre presente nas formas fracas de controle judicial de constitucionalidade (*weak-form judicial review*), dado que, nelas, o parlamento tem ferramentas institucionais para superação legislativa das decisões da corte. Nas formas fortes de controle judicial de constitucionalidade (*strong-form judicial review*), aparentemente não haveria uma obrigação de argumentar com a outra instituição, mas é bem possível que a legislação obrigue a fundamentação das decisões (caso brasileiro), ainda que dê, aparentemente, a palavra final ao judiciário; é também possível que uma determinada cultura jurídica imponha aos magistrados a tarefa de considerar os pontos de vista do legislativo. Credo possível, pois, a existência dos diálogos tais como os concebemos (numa certa “utopia deliberativa”, é verdade) mesmo em sistemas de controle judicial forte de constitucionalidade, não concordamos com Hogg e Bushel (1997:80) quando afirmam que “[t]he dialogue that culminates in a democratic decision **can only take place** if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. [...]” [Grifo nosso].

²⁹⁸ Mendes (2008:173) afirma que: “O diálogo inter-institucional é forjado por dois componentes básicos: (i) o desenho institucional que o disciplina formalmente e (ii) a cultura política que o anima [...]”, não no mesmo sentido que aqui postulamos (requisitos alternativos), mas como fatores que, conjuntamente, viabilizam os diálogos. Dor (2000:34) também entende que: “[...]”

adotar uma postura de convencer-se mutuamente para a tomada de decisão (postura deliberativa, não adversarial). Logo, se um dos envolvidos não enfrenta as razões oferecidas pelo outro não há diálogo; o que há é uma conduta de indiferença à opinião do outro ou uma ação oportunista. Se o desacordo de que partem os oponentes é sobre cláusulas abstratas ambíguas ou vagas (como direitos fundamentais) ou sobre a interpretação e o alcance dos direitos constitucionais em situações (casos) concretas de vulneração, o desejável é que os participantes possam esgrimir argumentos destinados a definir o alcance dos direitos e a esclarecer em que medida essas situações afetam (ou não) esses direitos. Se, por outro lado, uma das partes estiver obrigada a reconhecer que a outra tem razão ou tiver proscrita a invocação de “razões baseadas em direitos” (e só puder dar “razões políticas”), então não existe diálogo ou há um diálogo severamente atenuado (LINARES, 2008b:513).²⁹⁹

Diálogo é “[...] *an encounter from which either party might learn and in the course of which either party might be expected to modify positions that it reached on its own in light of what the other party has said [...]*” (WALDRON, 2004:7). “*Genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the constitution and have an effective means to assert that interpretation* (MANFREDI e KELLY, 1999:524).

the mere existence of constitutional features and institutions that may amplify a meaningful and accountable dialogue between Courts and other State institutions does not mean that such a dialogue will inevitably materialize. The dialogues also depend upon the political and legal cultures relating the rule of law, the role of the Court and parliamentary sovereignty, and the political structure.” Ela é ainda mais categórica adiante: “*At the end of the day, what matters is the legal and political culture, held by the country's leaders and people. These are the factors influencing the institutional design of one's constitution and the features that were adopted from the various possibilities. They are the ones to effect the political branches' dialogues and responses, and they are the ones to be embedded in judicial decisions.*” (Ibid., 2006:32). Mendes (2009:244), em outro trabalho, defende que: “[...] *Dialogue, as well as other instances of political behaviour, emerges from the articulation of a certain institutional design and a proper political culture. It is explicable, so to say, by the merger of formal arrangements with substantive attitudes that operate these arrangements. Institutional design, for sure, creates incentives to different types of interaction. However, these incentives do not determine and cannot predict, isolatedly, the institutional behaviour. Political actors – be they judges, legislators or others – need to articulate a normative vision of how they should act. [...]*”

²⁹⁹ É pertinente, portanto, a pergunta que fazem HOGG e BUSHELL (1997:79): “*Is it possible to have a dialogue between two institutions when one is so clearly subordinate to the other? Does dialogue not require a relationship between equals?*” A resposta que dão, contudo, considera correto perceber diálogo sempre que houver a possibilidade de reversão legislativa da posição da corte, com o que não concordamos em face de aí haver, apenas, imposição de supremacia.

Só há diálogo quando há desacordo – uma conversação de duas pessoas (e, mais ainda, instituições) que concordam em tudo não é diálogo. Essas discordâncias, nas sociedades complexas da modernidade, são plasmadas, sobretudo, nas hipóteses de “desacordos morais razoáveis” (não só nelas, mas são elas que mais nos interessam), conceito já explorado no Capítulo 1. Como diz Waldron (2004:11-12), esses desacordos não conduzem ao relativismo sobre o “correto”, apenas asseveram que não é simples e nem inequívoco aferir o que isso seja em cada caso, por isso mesmo o erro em assumir que alguém (o tribunal, no caso da supremacia judicial) está certo apenas por ser este alguém (supostamente mais capacitado, *a priori*, para dar respostas corretas sobre direitos). Além disso, sabe-se que as sociedades que positivaram direitos em *Bills of Rights* estipularam um sem número de cláusulas abertas principiológicas (como “liberdade de expressão” e “liberdade religiosa”), utilizando essa técnica antes para postergar as divergências sobre o sentido prático de cada uma do que para estabilizar a sua interpretação em direção ao todo da vida social (SUNSTEIN, 1999:12). Logo, tais desacordos terão de passar quotidianamente por debates e decisões, pois propositalmente (ou não) foram deixados para deliberação futura pelos constituintes.³⁰⁰

Os diálogos que consideramos relevantes e proveitosos para a democracia de direitos prevista na Constituição brasileira de 1988 seriam exatamente estes: os que pressuponham a falibilidade interpretativa de quem quer que seja (tribunal, parlamento, juristas, filósofos etc.)³⁰¹ e assumam que a deferência aos argumentos – não apenas à decisão manifestada em si – dos

³⁰⁰ “The usual mode of finesse is to put into the Bill of Rights formulations of principle that are relatively abstract, and thus to leave its provisions open to interpretation in relation to the issues at stake in the disagreements. People who disagree about details can nevertheless agree on the abstract formulations; and the substantive disagreements will therefore remain unresolved politically as well as morally so far as the text of the Bill of Rights is concerned. [...] [there are people who] believe that there should not be disagreement about rights, or that it ought to be possible to embody a substantive and detailed consensus in a Bill of Rights (not just a superficial or abstract consensus), or they believe that voting should not be necessary to resolve issues of rights, if only everyone would approach matters in the right spirit. These sentiments may or may not be admirable, but in discussing constitutional systems in the real world, they amount to wishful thinking. Certainly, it would be a mistake to base what we say about the prospects for genuine constitutional dialogue on such wishful thinking. We should approach the topic of constitutional dialogue with a realistic sense of the agreements and disagreements that we can expect and the political resolutions that may be necessary in the area of individual rights.” (WALDRON, 2004:12 e 20). É também o que sustenta Vianna (2008).

³⁰¹ “Dialogic judicial review is a theory that rejects the idea that either the judges or the legislators are infallible. [...]” (ROACH, 2004:103).

outros deve ser uma máxima de conduta, a exigir que todos os atores envolvidos na interpretação constitucional (que não podem se resumir ao tribunal constitucional, mas necessariamente incluir os representantes do povo³⁰²) relevem e discutam as motivações dos demais. Estamos com Waldron (2004:45) quando questiona

[w]hat would be the alternative [à falta de diálogo dos sistemas de supremacia judicial]? Can we imagine any other possibility for dialogue in a system of strong judicial review? [...] Can there possibly be an alternative that enables them to take the views of the other branches into account in a dialogic way? I wonder. The beginnings of an alternative might consist in at least **acknowledging the reasons mentioned in Congress and stating why the Justices believed those reasons were wrong.** [Grifo nosso].

Esta, que encampamos, seria uma descrição de uma dimensão *material* de diálogos, face a uma outra, que seria *formal*. Nesta última, tem-se “*em conta somente a potencialidade de oferta de uma reação institucional à pronúncia judicial*” (SILVA, 2010:107-108)³⁰³⁻³⁰⁴. Ou seja, aqueles que consideram que a

³⁰² Com o que concorda Linares (2008b:514): “Según creo, el papel que tiene la representación es esencial para verificar si existe un diálogo democrático entre las cortes y el Congreso. Teóricamente, si es el Congreso quien tiene la última palabra, la decisión que se tome tras el diálogo interorgánico tendrá credenciales democráticas, pues la decisión que prevalece es aquella que emana del procedimiento que respeta mejor el derecho de participación en pie de igualdad. Si en cambio es la justicia constitucional la que tiene la última jugada, entonces la decisión que se adopte gozará de títulos democráticos más débiles, pues el vínculo representativo de los jueces y el pueblo es más endeble.” Mesmo Rawls (1997:114) aceita que o legislativo seja capaz de produzir argumentos razoáveis na interpretação constitucional: “[...] while the Court is special in this respect [no uso da razão pública], the other branches of government can certainly, if they would but do so, be forums of principle along with it in debating constitutional questions.”

³⁰³ Neste sentido, é formal, por exemplo, a seminal definição de diálogos constitucionais estipulada por Hogg e Bushell (1997:79-82), para quem “[...] Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue. In that case, the judicial decision causes a public debate in which Charter values play a more prominent role than they would if there had been no judicial decision. The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the Charter values that have been identified by the Court, but which accomplishes the social or economic objectives that the judicial decision has impeded. [...] the “dialogue” [...] consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body [...].” Como se nota, esta elaboração em nada pressupõe a consideração mútua de razões decisórias. Como afirma Hiebert (2000:2-3): “[...] Thus, in light of how parliament’s role is conceived, it is not surprising that critics of the Hogg/Bushell portrayal of dialogue argue that what is being advocated is not dialogue but monologue (judicial rather parliamentary). As Ted Morton argues, [o]beying [judicial] orders is not exactly what most of us consider a dialogue.”

³⁰⁴ Oliveira (2010:3) chama essa dimensão formal de diálogos de “correção legislativa de jurisprudência”. Em sua conceituação, [...] a correção legislativa da jurisprudência significa que

mera possibilidade de decisão contrária de um poder àquilo que tiver sufragado o outro em matéria de interpretação constitucional é diálogo constitucional aderem a uma visão “formalista”³⁰⁵, para a qual não é relevante o potencial deliberativo, de aprendizado mútuo, da interação entre os poderes.³⁰⁶ Assim, a só existência de desafio (ou sua possibilidade institucional) a uma decisão do STF já permitiria categorizar um sistema como dialógico.³⁰⁷⁻³⁰⁸ Se adotássemos

a solução final de determinado assunto controvertido não ocorrerá necessariamente no âmbito do Poder Judiciário. Se os órgãos deliberativos considerarem que a solução da questão se deu de forma incorreta pelo Judiciário, é possível que ocorra nova discussão da matéria no âmbito do Legislativo, podendo resultar em ato legislativo que regule o tema de forma diversa da que fora definida pela jurisprudência.”

³⁰⁵ Um resumo de como pensa essa versão formalista da teoria dialógica pode ser vista em Tremblay (2005:618): “[...] *an institutional dialogue may occur anywhere legislatures are able to reverse, modify, avoid, or otherwise reply to judicial decisions nullifying legislation. In particular, it may occur in any jurisdiction where the constitution contains explicit limitation clauses, or, in the absence of an explicit limitation clause entrenched in the constitution, where the courts have introduced some form of balancing test to control the constitutionality of the laws limiting guaranteed rights. [...]*” Como se pode perceber, nenhuma dessas condições é suficiente (talvez nem mesmo necessária) para que possa haver diálogo constitucional em sentido material. Ademais, quase todas elas estarão presentes apenas em sistemas com *weak-form of judicial review*.

³⁰⁶ Hogg e Bushell, grandes propagadores do termo “diálogos” para explicar essa dinâmica entre corte e parlamento em artigo de 1997 - *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)* – voltaram ao tema em texto de 2007 (HOGG;BUSHELL;WRIGHT, 2007), cujo título trazia boa parte da ideia de seu conteúdo: *“Charter Dialogue Revisited or ‘Much Ado About Metaphors’*” (em tradução livre: “Diálogos Constitucionais Revisitados ou Muito Barulho por causa de Metáforas”). Neste texto, os autores defendem que a maioria das objeções à sua alegoria dialógica para descrever a interação entre a corte canadense e o legislativo tinha a ver com o conceito de diálogos que cada crítico tomava por base. Como dizem: *“Several critics make much of the definition of ‘dialogue’ used in Charter Dialogue.” As noted in Part I, above, this is one of the reasons why we subtitled this article ‘Much Ado About Metaphors.’* (2007:45). E também: *“[...] although we do not carry a torch for the word ‘dialogue’ as the only possible description for the phenomenon of legislative responses to judicial decisions under the Charter, we say that our critics should deal with the significance of the phenomenon, rather than making ‘much ado about metaphors.’*” (2007:54). Se ao invés de chamar de diálogos tivessem chamado de “correção legislativa de jurisprudência” (OLIVEIRA, 2010) talvez boa parte das críticas não tivesse sido feita.

³⁰⁷ É provavelmente em razão de se satisfazerem com esta visão “fraca” (formal) de diálogos que muitos dos autores brasileiros mencionados na Introdução assumem que, no Brasil, campeia uma dinâmica dialógica entre legislativo e judiciário. Para aqueles que, como nós, Linares e Waldron, consideram haver diálogo apenas quando as razões de decidir de um poder são consideradas pelo outro em sua argumentação, aí se faz necessária uma densidade um tanto maior em matéria de interação entre os poderes. Há brasileiros que, adotando essa visão “forte” (material) de diálogos, ainda assim concluem que eles ocorrem no país: Batista (2015), por exemplo, que crê que *“[...] o Brasil possui um sistema legal que permite o efetivo diálogo institucional [...]”,* e o faz partindo do princípio de que *“[o] diálogo institucional defende que a interpretação é um processo em que cada poder, evolutivamente, dá uma contribuição ao debate, inclusive o povo.”* A nossa questão é saber se ele está certo.

³⁰⁸ Há, até mesmo, quem considere, como Menezes e Silva (2014) e Rangel e Bolonha (2013), que haveria diálogos constitucionais com a mera participação de setores da população em ações específicas do STF via *amicus curiae* e audiências públicas. Também pensa assim Lorenzetti (2014), mas para o caso argentino. A utilização desta conceituação de diálogo

esta visão, poderíamos dar por encerrada – pouco útil e meramente descritiva – a presente pesquisa, uma vez que há, inequivocamente, possibilidades, inclusive previstas na Constituição de 1988, para que o legislativo decida de forma diversa que o STF (Emenda Constitucional e não vinculação do Congresso às declarações de inconstitucionalidade, conforme § 2º do Art. 102) – o que não existe é mecanismo para que faça prevalecer esta decisão.

Para o conceito de diálogos adotado (material), contudo, é imperiosa a ausência de um órgão que assuma ter, sempre e de antemão, razão sobre a interpretação constitucional. A possibilidade de alguém decidir por último poderá até existir no esquema constitucional considerado (no Brasil, muitos dirão que é o preceito agasalhado pelo *caput* do Art. 102 da CF/1988, dando a palavra final, em cada rodada procedimental, ao STF)³⁰⁹, mas ela não garante que a deliberação seja boa ou ruim, democrática ou autocrática. É também imprescindível, para decretar sua qualidade e legitimidade, que *haja* intercâmbio argumentativo. Somente a pesquisa criteriosa da prática judicial e legislativa poderá desvelar essas características em um determinado país.

A teoria democrático-deliberativa de Christopher Zurn subsume muito do que ora estamos a sustentar. Ele defende (2007:2)

[...] a theory of constitutional review justified in terms of the function of ensuring the procedural requirements for legitimate democratic self-rule through deliberative cooperation. Proceeding from the premises of deliberative democratic constitutionalism, it claims further that constitutional review is best institutionalized in a complex, multilocation structure including independent constitutional courts, legislative and executive agency self-review panels, and civic constitutional fora. It proposes that such institutions would work best in a constitutional context encouraging the development of fundamental law as an ongoing societal project of democratic

refoge ao nosso propósito, seja porque cremos que ele apenas sirva de mecanismo de legitimação explícita das decisões do STF, sem qualquer garantia de que os argumentos terão de ser considerados pelos ministros, seja porque o foco aqui é na dinâmica dialógica entre parlamento e corte. Anote-se, ainda que Rangel e Bolonha não falam exatamente de diálogos constitucionais, mas do critério dialógico para aferir o nível da supremacia judicial de um sistema, que se divide nas variáveis da interação institucional – diálogo com outros poderes – e da interação com especialistas e sociedade civil – diálogo via *amicus curiae*, audiências públicas.

³⁰⁹ “[...] Ainda que possamos pensar que, no Brasil, em virtude de previsão expressa da constituição, essa é uma questão superada e que o guardião da constituição é o Poder Judiciário, especialmente na figura do STF, essa seria uma visão apenas parcial do problema. [...]” (SILVA, 2009:206).

deliberation and decision. Recognizing that specific institutions of constitutional review should be tailored to different political and legal systems, it claims that **such institutions should, in general, be oriented toward broadening democratic participation, increasing the quality of political deliberation, and ensuring that decision making is reasons-responsive and thereby democratically accountable.** [Grifo nosso].

2.3.1 Implicações do conceito adotado

Ao adotar esta concepção de diálogos, diversas são as consequências. Uma primeira que deve ser ressaltada: este tipo de prática dialógica, por certo a mais enriquecedora, epistemicamente falando,³¹⁰ dentre os tipos de diálogo concebidos pela teoria, é viável no Brasil. Considerando as instituições reais de que dispomos, seus desenhos legais e suas culturas corporativas, a existência de uma dinâmica dialógica de consideração mútua de argumentos decisórios não é algo impossível e talvez, inclusive, ocorra. Se a pesquisa demonstrar a inexistência dessa lógica, nosso argumento normativo não se perde, até mesmo se reforça. Assim, pensar os diálogos constitucionais como prática deliberativa entre parlamento e corte é uma busca descritiva que poderá, a depender das conclusões empíricas, redundar em uma proposta prescritiva de baixa intensidade, porque altamente fundada na realidade próxima de nossas instituições e na possibilidade de que atuem de forma a melhor preservar o

³¹⁰ Mendes (2008:191 e 204) conclui sua tese doutoral com este nosso exato ponto de partida conceitual. Ele “[...] *concebe um critério de legitimidade que insere a deliberação como variável dominante. Dela se extrai uma métrica da interação institucional – o **desempenho deliberativo**. Defendo que parlamentos e cortes têm legitimidade para serem ativistas à medida que se engajarem no diálogo. Podem optar por deferir, por esperar, ou, em face de um bom novo argumento, por desafiar o outro poder. [...] suscito o ângulo competitivo da interação, e o ‘desempenho deliberativo’ é a sua medida genérica. A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que de melhor podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz vibração ao regime. Implanta uma pressão por consistência. Fundamentalmente, insere a tensão entre forma e substância no centro desse arranjo.*” [Grifo nosso]. É precisamente como também pensamos a medida da legitimidade da atuação dos poderes. Anote-se que, no entender de Mendes, esse desempenho deliberativo estaria atrelado ao alcance de um ideal argumentativo muito próximo da “razão pública”, de Rawls. Neste sentido, seria possível avaliar, com critérios de variável independente, o desempenho deliberativo de cada poder em cada tema particular, comparando depois as “pontuações”. Contudo, não estamos a desenvolver uma tese sobre a qualidade dos argumentos do Congresso Nacional ou do STF (deliberação intra-institucional); antes disso, queremos saber se há consideração das razões de decidir do outro quando cada um delibera (deliberação interinstitucional). Presumimos que essa simples consideração tem o condão de melhorar, deliberativamente, o produto final em termos epistêmicos. Se ele chega a atingir um ideal de razão pública, é tema para outra pesquisa.

ideal democrático de igual consideração entre todos os cidadãos. Na mesma toada, Zurn (2007:8):

[...] The relationship between normative and institutional issues is not a one way street however. Not only do normative ideals help shape appropriate institutional designs, but the differences in performance manifested by various arrangements in the world of politics, law, and institutions as we know it in turn help to specify the determinate content of, and thereby support the cogency of, the normative ideals – that is, the ideals of deliberative democratic constitutionalism. In the worlds of politics and law, good ideals and institutions are not drawn from some conceptual heaven, but are the determinate results of historical learning processes and reflections of such.³¹¹

Há uma segunda implicação deste viés conceitual de diálogos: **não necessitamos fazer uso de uma teoria que avalie a razoabilidade dos argumentos empregados pelos poderes quando da deliberação. É uma tarefa possível e frutífera a de construir parâmetros para avaliar os resultados da interpretação deliberativa da Constituição, permitindo que estipulemos métricas e mesmo comparemos os produtos decisórios de diversos sistemas jurídicos. Contudo, aqui não nos incumbiremos desta empresa, antes ao contrário. Se assumimos que a igual consideração da dignidade das pessoas é garantida pelo procedimento majoritário e também tomamos por base que os resultados decisórios são epistemicamente mais defensáveis se precedidos de adequada deliberação, podemos nos dar por satisfeitos quando estão presentes ambas – a decisão por maioria e a deliberação – abstendo-nos de avaliar, até pela ausência de um parâmetro simples, a qualidade moral e constitucional da decisão final.** No esquema aqui adotado, pressupõe-se que

³¹¹ Em outra passagem (ZURN, 2007:25-26), o autor esmiúça esta ideia: “[...] *I am not recommending that we start from a view from nowhere, from a purely normative perspective sholly disconnected from the realities of politics and its institutional structures as we have historically and currently known them. [M]y starting assumption is that normative political ideals and actual political arrangements are separable, at most, only analytically. In the domain of political theory, the ideal and the real, norm and fact, are dialectically intertwined, each shaping and delimiting the other. Just as our actual institutional structures have developed over time in response to and (hopefully) in accord with our preferred normative ideal of democracy, constitutionalism, and constitutional democracy, those ideals themselves are shaped by and adapted to the actual practices and structures of political institutions we have experience with or reasonably believe achievable in practice.*” Friedman (1993:584) é mais conciso: “[...] *To persuade, a theory must fit the evidence it seeks to describe.*”

ela seja razoável epistemicamente; mas, se não o for, será, pelo menos, legítima pela força da maioria.

Outra implicação do uso deste conceito – em detrimento dos diálogos em sua dimensão formal (correção legislativa de jurisprudência), é ainda mais grave: não estaremos a perguntar sobre a existência ou não da palavra final. Aqueles que, no Brasil e alhures, usaram do conceito de diálogos em sentido formal para tentar demonstrar que a corte não detinha a última palavra ou disseram o óbvio³¹² (no caso dos sistemas de *weak judicial review*, em que o próprio desenho institucional explicitamente dá a última palavra ao parlamento) ou venderam uma ilusão, que serviu para legitimar a supremacia de uma corte que, então, poderia continuar decidindo por último, já que o parlamento teria a chance de contestá-la por meio de emendas constitucionais ou leis *in your face* – aquelas que buscam superar a interpretação conferida pela corte (nos sistemas de *strong judicial review*).

Em casos como os da Índia e do Brasil, em que aceitou-se a criação pretoriana da declaração de invalidade de Emendas Constitucionais³¹³, parece ser enorme desserviço tentar enxergar como dialógicas, pelo simples fato de desafiarem a posição do tribunal, as eventuais tentativas do parlamento de superar decisões da corte (serão dialógicas, em sentido material, apenas se houver enriquecimento argumentativo). Sempre que não concordar com as tentativas de superação, o STF poderá declarar a invalidade das leis ou Emendas de contestação: a palavra final é dele, a menos que não queira (ou não possa, diante de outras ordens de constrangimentos meta-jurídicos).

Logo, parece fadada, de antemão, ao fracasso a tentativa de encontrar legitimidade democrática nas decisões do STF sobre interpretação

³¹² Isso não desdenha da miríade de estudos sérios conduzidos com este propósito, mas retoma a ideia de Hogg e Bushel (1997) quando ensaiaram a ideia de diálogos no caso canadense: a metáfora seria descritiva e não normativa. Isso, num sistema de *weak judicial review* (ainda que Waldron assim não o considere), é apenas uma razoável constatação, não mais que isso.

³¹³ Correto o ministro Gilmar Mendes em excerto de seu voto na ADIn 3104: “O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, mais uma vez o Tribunal se defronta com essa fascinante questão do controle de constitucionalidade de emenda constitucional. Como já tive oportunidade de destacar, isso é quase uma singularidade do Direito Constitucional brasileiro. Toda a doutrina do Direito comparado se ocupa com esse tema, todavia, são pouquíssimos os casos, nas Cortes constitucionais, de verificação e, sobretudo, de declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional.”

constitucional apenas pela suposição de que o parlamento possa constestá-las. Em verdade, se contestar significa colocar em suspenso, afastar a incidência, os legisladores não têm esse poder no Brasil. Só podemos pensar em contestações eficazes no longo prazo, com mudanças de cenário social e/ou de composição da corte. Juízes não gostam de ser desafiados.

Restaria um apelo à supremacia epistêmica das decisões judiciais, que justificaria sua legitimidade se adotássemos um conceito de democracia substantiva, como em Dworkin. Esta via, contudo, parece-nos afastada pelo conjunto de bons argumentos contrários a ela articulados pelos defensores da supremacia parlamentar (Capítulo 1, Seção 1.4) e da democracia deliberativa.

Então como pensar a legitimidade das decisões judiciais de interpretação constitucional se, em nosso sistema, a palavra final do STF é um dado e se não podemos justificá-la com base na superioridade moral da corte? Nossa resposta é: caso o Supremo, ao interpretar as leis do Congresso frente à Constituição, considere os argumentos dos parlamentares que assumiram suas decisões como válidas, este esforço hermenêutico incorporará, ainda que por via indireta, um *input* democrático ao produto final da interpretação (além disso, uma tal consideração redundará em decisões melhores em razão do potencial epistêmico da deliberação, como visto em tópico anterior)³¹⁴. Se considerar claramente as razões do parlamento e, ainda assim invalidar a lei ou a Emenda, o tribunal estará dizendo para a cidadania os motivos pelos quais seus representantes estavam “errados”. No nosso sistema, isto não redundará em superação do entendimento do STF por ação posterior dos legisladores (a menos que o tribunal a aceite), mas permitirá ao povo um melhor controle sobre seus representantes, seja para substituí-los, seja para mantê-los e demandar que insistam em novas rodadas procedimentais no futuro, que poderão fazer os ministros mudarem de posição.

Perceba-se que, quanto mais o STF considerasse os argumentos dos deputados e senadores em suas decisões, mais em importância ganharia o

³¹⁴ “[...] *Separation of powers is an example of a theory in which multiple institutions are designed to represent and advance different perspectives and arguments relevant to democratic sustenance. Separation of powers is a theory premised on the idea that no one democratic institution would be sufficient to ensure consideration of all concerns relevant to democratic sustenance.*” (TULIS, 2003:201).

próprio processo legislativo parlamentar. Se os representantes sabem que suas razões serão excrutinadas posteriormente pelo tribunal, naturalmente empreenderão maiores cuidados e trabalharão nelas com mais minúcia, o que tende a aumentar, também a qualidade deliberativa dentro do Congresso (e, quem sabe, também a qualidade do produto legislativo final).³¹⁵

Pode ser que nem essa forma de diálogo ocorra e que o STF não considere as razões do Congresso ao decidir.³¹⁶ É possível que tente conferir autoridade aos seus julgados (além da falácia da proteção das minorias) com base em alguma aproximação direta com o povo, tal como com as audiências públicas, a atuação dos *amici curiae* ou com o alinhamento à opinião pública (num país em que ela nem sempre é reverberada pelo Congresso). Em todas estas hipóteses, porém, a corte age sozinha, distante do arranjo constitucional dos poderes, além de não dever resposta a argumentos (a opinião pública sequer tem voz inequívoca para argumentar).

Querer um ínfimo *input* democrático³¹⁷ nas decisões constitucionais via consideração das razões parlamentares pode ser bem pouco ambicioso³¹⁸

³¹⁵ Ver nota 266.

³¹⁶ “No pretendo sugerir que dar y recibir razones sobre una cuestión común sea el modelo típico de la acción política. Sin embargo, creo que tiene un lugar privilegiado en la mejor teoría normativa. [...] los usos e no discursivos del poder em la política no son periféricos a la práctica democrática, sino más bien centrales. Con todo, desde un punto de vista normativo, creo que la mejor justificación de la acción directa se justifica en política la concibe como un remedio epistémico: la acción directa se justifica como una vía que aspira a remediar un desequilibrio de poder imposible de neutralizar de otro modo, y por ello busca equilibrar o compensar el efecto de distorsión epistémica que ese desequilibrio ocasiona. Esta clase de conducta es normal y central a la buena práctica democrática porque en la vida real siempre habrá, fozosamente, distintas fuentes que causen desequilibrios de poder epistémicamente distorsivos. **Aun así, el modelo puro de intercambio de razones es la pieza fundamental y primaria de la teoría normativa, dado que dicta los usos apropiados y los límites de la acción directa. [...]**” (ESTLUND, 2011:249-250). [Grifo nosso].

³¹⁷ “To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The courts review the work of the legislature and the work of the courts in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation... This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.” (Justices Cory and Iacobucci wrote for a unanimous court in *Vriend et al. v. Alberta et al.*, [1998] 156 D.L.R. (4th) 385 at 439 *apud* DOR, 2000:36).

³¹⁸ Tem razão Linares (2008b:514) quando diz que: “[s]egún creo, el papel que tiene la representación es esencial para verificar si existe un diálogo democrático entre las cortes y el Congreso. Teóricamente, si es el Congreso quien tiene la última palabra, la decisión que se tome tras el diálogo interorgánico tendrá credenciales democráticas, pues la decisión que prevalece es aquella que emana del procedimiento que respeta mejor el derecho de participación en pie de igualdad. Si en cambio es la justicia constitucional la que tiene la última jugada, entonces la decisión que se adopte gozará de títulos democráticos más débiles, pues

(numa realidade acadêmica em que alguns propõem tirar a Constituição das cortes³¹⁹), mas, no contexto brasileiro, parece algo frutífero a se intentar.³²⁰

2.3.2 Os casos em que o ministro Barroso considera haver diálogos – podemos concordar?

Tratando da postura que o STF deve adotar para o julgamento de temas constitucionais, o ministro Barroso faz uma interessante diferenciação entre aquela que deve ser adotada quando tenha havido, quanto ao tema em decisão, atuação dos poderes eleitos (legislativo e/ou executivo), e aquela a ser assumida pelo tribunal nos casos de omissão.³²¹ Ele afirma que

[q]uando tenha havido atuação do Legislativo ou do Executivo, o Judiciário deve ser deferente. O Poder Legislativo e o Poder Executivo, cujos membros são eleitos, têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. Decisão política em uma democracia, como regra, deve ser tomada por quem tem voto. E quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem preservar as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático.³²²

el vínculo representativo de los jueces y el pueblo es más endeble.” Serão mais débeis os “títulos democráticos” da decisão final, mas não serão nulos, caso tenha havido diálogo.

³¹⁹ Tushnet com seu *Taking the Constitution Away From the Courts*.

³²⁰ Aqui convém uma saliente ressalva: o Congresso brasileiro, em suas composições atual e recentes, não é representativo da sociedade brasileira, afirmação que buscamos comprovar em tópico seguinte deste trabalho (Seção 3.1). Esse fato não é suficiente, porém, para tolher-lhe da condição de instituição democrática. Hoje ele é uma instituição democrática colonizada, sobretudo em função das distorções do financiamento eleitoral e da baixa saliência ideológica dos partidos, que dificultam a tomada de posição consciente no momento do voto. Mas ainda é o poder com maior grau de transparência e com maior permeabilidade às opiniões da população. O fim do financiamento empresarial de campanhas eleitorais deverá ter o condão de reduzir bastante a distorção representativa no futuro. A síntese é mais ou menos assim: o Congresso não é representativo, mas é uma instituição democrática e tem chances de ser cada vez mais diante das reformas institucionais e das reações populares. Por isso, mesmo hoje, a consideração de suas razões deliberativas tem o condão de democratizar o produto decisório da suprema corte.

³²¹ Diferenciação feita em palestra proferida em 17/08/2015 (texto disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015).

³²² Visão aparentemente muito próxima à de John Hart Ely em defesa das pré-condições da democracia: “*Em síntese, Ely propõe uma transformação do papel da Suprema Corte de um grupo de sábios que ditam valores fundamentais em um conjunto de guardiões da lisura e*

E torna a versar sobre o tema em teço de seu voto na ADIn 4976, em que discutidos dispositivos da Lei Geral da Copa (Lei Federal nº 12.663/12):

13. Em suma, não verifico vícios nos dispositivos impugnados, que se inserem no domínio da liberdade de conformação do legislador. O controle exercido pela jurisdição constitucional há de ser pautado pela lógica da autocontenção, evitando que se degrade em um juízo de revisão política dos juízos de conveniência e oportunidade realizados pelos agentes eleitos. Essa deferência pode e deve ser relativizada nos casos que envolvam alegadas violações a direitos fundamentais ou aos fundamentos do Estado de Direito. Não apenas por serem esses os elementos essenciais do pacto constitucional – cuja guarda final foi atribuída a esta Corte por decisão do próprio constituinte –, mas sobretudo por serem condições de legitimidade para o funcionamento democrático dos canais de deliberação política. Quando não estejam em jogo essas questões estruturantes, ao legislador deve ser reconhecida a prerrogativa de efetuar suas próprias avaliações acerca do que é ou não relevante e da forma mais adequada de regulamentação, mesmo quando as suas escolhas pareçam equivocadas aos olhos do juiz constitucional.

Já nos casos de omissão, Barroso defende a necessidade de o STF atuar de forma mais proativa. Cabe perceber que a postura de deferência defendida pelo ministro é uma posição pessoal, não necessariamente encampada pelo tribunal. Além disso, será adotada se e quando a corte entender que se trata de fazê-lo, o que, como dirão os críticos da supremacia judicial, permanece deixando aos juízes a palavra final.

A diferenciação é importante, por outro lado, porque salienta que deveria (normativamente) haver uma postura diversa nestas duas circunstâncias aventadas. E aqui, como estamos a tratar de julgamentos acerca de posturas comissivas do poder legislativo (pois adotamos como manancial de análise as

*imparcialidade dos processos democráticos de deliberação. Seguindo tal rota, a Corte constitucional jamais controlaria os resultados do processo de deliberação democrática, mas apenas policiaria a sua forma e pré-condições. Em outras palavras, o papel da justiça constitucional seria o de garantir a abertura do processo democrático a mudanças, sobretudo pela proteção dos direitos das minorias. A intenção de Ely é a de reconciliar o judicial review com a democracia, afirmando que esta não é só compatível com aquele, mas tem nele uma sua pré-condição.” (BINENBOJM, 2009:234). Ao agregar, entretanto, além das pré-condições democráticas, direitos fundamentais, Barroso parece sustentar a posição de Habermas quanto aos papéis da corte acerca do *judicial review* (ZURN, 2007:227 e ss).*

ADIns, e não as ADOs e os MIs), então seria de se esperar neles essa deferência suposta pelo ministro.

É, aliás, o ministro Barroso que nos fornece um elenco de casos em que considera haver abertura ao diálogo constitucional (que chama de “institucional”). Ele faz menção a esse diálogo na Resenha da revista eletrônica Consultor Jurídico sobre o ano judiciário do STF de 2014³²³ e também em palestra proferida no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em 17/08/2015.³²⁴ O conceito de diálogos institucionais defendido por Barroso pode depreender-se da seguinte passagem da Resenha:

A referência a diálogos institucionais [...] identifica um tipo particular de atuação, em que a suprema corte e o legislador se ouvem mutuamente em relação a determinado tema. Embora, do ponto de vista formal, o Supremo Tribunal Federal profira a última palavra acerca da interpretação constitucional, é desejável, na medida do possível, que as duas instituições dialoguem, expondo seus argumentos e circunstâncias, de modo a que se produzam decisões que as aproximem, diluindo tensões.

Numa primeira olhada, pareceria que a ideia que faz o ministro acerca dos diálogos aproxima-se daquela que é adotada neste trabalho, sobretudo no que toca à possibilidade efetiva de auscultação mútua de argumentos, com aprendizados e cessões de ambas as partes. No aparente entender de Barroso, o STF teria a última palavra, mas, ligando essa prerrogativa “formal” com a prescrição de conduta do ministro acima relatada, então, onde houvesse lei do congresso, deveria haver deferência do STF.

Os casos de abertura dialógica citados por Barroso são: financiamento eleitoral por empresas (ADIn 4650), desaposentação (RE 661.256), precatórios (ADIns 4357 e 4425) e perda automática do mandato (AP 565). A ADIn do financiamento empresarial de campanhas, julgada recentemente, declarou inconstitucional tal modalidade, considerando viável apenas a contribuição de pessoas jurídicas às campanhas. Ou seja, o tribunal não abriu ao Congresso a

³²³ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>, acesso em 25/09/2015.

³²⁴ Cujá transcrição está disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015.

possibilidade de aceitar o dinheiro de empresas (nem mesmo limitando, como queria Barroso, a possibilidade de elas doarem a mais de um candidato e de firmar contratos com as administrações posteriormente eleitas), simplesmente proibiu a prática, sem chances de reversão.³²⁵ Nem mesmo o voto de Barroso, se adotado na íntegra, traria uma verdadeira abertura dialógica, pois não considerou os argumentos utilizados pelo Congresso para aprovar a lei das eleições ou os ofícios de informações prestados pela Câmara e pelo Senado no caso.

Em verdade, esta postura prescritiva defendida por Barroso (*só pode liberar financiamento empresarial se...*) do que deveria fazer o parlamento enquadra-se com perfeição no conceito das teorias do aconselhamento judicial vistas acima (tópico 2.1.1.1), que padecem, como lá criticado, do problema de sequer poderem ser consideradas efetivos diálogos. Isto porque partem da ideia de um judiciário que está em posição superior para interpretar a Constituição, apenas deixando ao legislativo a concreção daquilo que já disseram ser o correto.³²⁶

O caso da desaposentação, cujo RE teve pedido de vista da ministra Rosa Weber e ainda está pendente de julgamento, é considerado abertura dialógica pelo ministro Barroso por ter seu voto (ele é o relator) sugerido a modulação de efeitos a contar de 180 dias do trânsito em julgado, abrindo a possibilidade de o Congresso legislar sobre o tema e ultrapassar as regras positivas que o magistrado estava propondo para o caso. Segundo o relator, a interpretação lógica da legislação levaria o Supremo a aceitar a possibilidade de desaposentação e mandar incluir no cálculo da nova aposentadoria o valor e o tempo de contribuição a mais. Manter-se-iam, porém, a idade e a expectativa de vida do momento em que o indivíduo entrou no sistema, isto é, da primeira aposentadoria. Essa solução, diga-se, não está prevista na lei e

³²⁵ Alguns ministros afirmaram categoricamente que não haveria possibilidade de reversão da decisão, nem por lei ordinária (que, aliás, quando do julgamento deste caso estava sobre a mesa da presidente da República para sanção), nem mesmo por Emenda Constitucional. **Ver reportagens mencionadas sobre o caso.**

³²⁶ Parece com o pai que diz à filha: *-Tu não vais sair de saia, vais de calça!* E a filha: *-Mas quero ir de saia...* E o pai: *-Vais de calça e ponto final!* A filha: *-Por que, paiê?!?* O genitor: *-Não interessa porquê, vais de calça. Mas eu te deixo escolher a cor, ok!? Podes escolher a rosa ou a branca.* O problema, aqui, não é que o pai estivesse certo ou errado, o problema é que ele não disse suas razões. E mais, fez parecer que estava dando opções à filha. Ela poderia escolher entre duas cores de calça. Mas ela queria ir de saia...

nem na Constituição, que não fala em desaposentação, é apenas a tradução da lógica que o ministro encontrou, ainda que bem-intencionadamente, da interpretação de ambas. Note-se que, uma vez mais, não restaria ao Congresso discordar da interpretação da Constituição que faz o STF, mas apenas, aceitando que a desaposentação é um imperativo, regrar-lhe os meandros. É, novamente, a teoria do aconselhamento judicial.

Os precatórios foram tratados pelo Congresso nas Emendas Constitucionais nº 30 e 62. Em ambas o STF declarou a inconstitucionalidade das posições adotadas pelo legislativo. A proposta do ministro Barroso era de adoção de uma “decisão aditiva” (verdadeiro papel de legislador positivo do judiciário³²⁷), que consistiria em utilização compulsória da conta de depósitos judiciais tributários para pagamento de precatórios, como já autorizado por lei federal; possibilidade de utilização de até 25% dos depósitos judiciais não tributários para pagamento de precatórios, a ser autorizada por lei estadual (como fez o estado do Rio de Janeiro, quitando todos os precatórios em atraso); subsistência da possibilidade de celebração de acordos, com uma redução máxima de 25%; possibilidade de compensação de precatórios vencidos com dívida ativa já inscrita; aumento da vinculação de receitas para pagamento de precatórios em 1% ou proibição de propaganda institucional até a regularização do pagamento.

Estas “normas” a serem decididas pelo Supremo abririam a possibilidade de diálogo, pensa o magistrado, porquanto o Congresso poderia superá-las no prazo de um ano após a aprovação pelo plenário da corte, período este em que a decisão não teria efeitos. Note-se que restaria ao legislativo, de novo, a possibilidade de regrar de forma diversa o pagamento dos precatórios, mas provavelmente teria de chegar muito próximo às regras propostas por Barroso, pois somente assim teria alguma segurança de que, pela terceira vez (lembre-se as duas Emendas julgadas inconstitucionais) a sua voz seria válida. Todos os parâmetros das duas invalidações anteriores teriam de ser considerados,

³²⁷ Cruz (2009:20-21) tece forte crítica a esta atuação protagonista do judiciário: “[...] Quando se toma por base a Constituição como uma tábua de valores, os juízes passam a se sentir legitimados a ‘legislar’, a assumir o lugar do Executivo, porque se sentem ‘destinados’ a corrigir todas as injustiças do país. Eles se sentem eleitos por ‘Deus’ ou entendem que têm uma condição moral diferenciada dos ‘corruptos dos outros Poderes’. E acabam se esquecendo que com isso colocam em risco a própria democracia.”

sob pena de nova declaração de invalidade. Ora, não só não vale a posição do Congresso sobre a interpretação da Constituição, como mesmo a alteração desta feita por emendas, mudando o parâmetro de controle, foi considerada invasiva, pelo STF, dos não muito claros limites materiais de reforma constitucional. Conclusão: também aqui, seguida essa ideia de Barroso, o que de fato restaria ao parlamento seriam decisões de filigranas³²⁸ ou de critérios de políticas públicas, mas jamais a consideração de sua interpretação sobre a Constituição. Isso não é, segundo pensamos, diálogo, é mais um exemplo de aconselhamento judicial.

A questão da perda dos mandados teve diversas flutuações recentes da jurisprudência do STF e foi melhor vista no item 1.2.1 da Seção 1.2. O que vale aqui é ressaltar que o que o Barroso considerou possibilidade de diálogo, no caso, não nos parece sê-lo de forma alguma. Ele disse que, no julgamento da AP 565 (réu o senador Ivo Cassol), fez, como ministro, um apelo ao Congresso para que alterasse um tópico da Constituição que dava a prerrogativa às Casas do Congresso para declarar a perda dos mandatos. Não havia aqui qualquer divergência interpretativa: ele, ministro Barroso, sabia que o texto constitucional (redação original, impassível de declaração de inconstitucionalidade – até então) dava essa prerrogativa ao parlamento; apenas achava isso errado (moral ou politicamente) e pediu para que houvesse Emenda alterando o ponto. Foi ouvido, segundo disse, e o Senado aprovou PEC neste sentido, pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados.

Onde está o diálogo? Se não há divergência interpretativa, então não há argumentação sobre o sentido; estamos falando de mera redundância. Por outro lado, se há defesa prescritiva do que seria o bom, há uma dose considerável de deferência do Congresso que acata essa posição. Em todo caso, estamos mais para conselho do que para debate entre iguais.

O que se quer salientar com a análise destes quatro casos é que, apesar do conceito expressado pelo ministro Barroso do que pensa serem diálogos institucionais, seus exemplos representam, em verdade, situações de franca supremacia judicial, em que o STF está a dizer ao Congresso o que deve este fazer. É antes uma forma não dialógica, em que os juízes legitimam o mérito de

³²⁸ Cor da calça, segundo nossa alegoria acima elaborada.

seus entendimentos, passando aos parlamentares a missão de cancelá-los com uma margem mínima de manobra em critérios tidos como “políticos”. Se agirem diversamente da compreensão constitucional à qual chegaram os ministros, então os legisladores estão fadados a perder a disputa sobre o sentido da Carta Política. E, se o que estamos chamando de diálogos constitucionais é exatamente a possibilidade de disputa sobre o sentido da Constituição, então não se pode considerar que eles ocorram quando os argumentos não são ouvidos, quando há uma assimetria de posições e quando parte-se da premissa (manifestada expressamente por Barroso) de que a algum órgão (STF) cabe a última palavra. Parece, inclusive, que aquela diferenciação necessária de posturas judiciais entre casos em que há manifestação do Congresso e casos em que há omissão foi solenemente desconsiderada pelo próprio autor, posto que advogou postura ativista (inclusive com decisão “aditiva”) mesmo em situações em que havia consistente atuação do legislativo.³²⁹

Estas, portanto, as razões pelas quais não se considerará dialógica a atuação do STF quando opera como “conselheiro legislativo”, pois ela não se enquadra no conceito de diálogos que defendemos como aceitável.³³⁰ Antes, serviria, apenas, para “[...] legitimar o controle de constitucionalidade [...]” efetuado pelo STF (CLÈVE; LORENZETTO, 2015:6). A medida do *desempenho deliberativo* (MENDES, 2008) seria próxima a zero.

2.3.3 Diálogos constitucionais para o ministro Luiz Fux

³²⁹ Cabe referir que, apesar de não considerarmos dialógico o modelo proposto por Barroso, é de se aplaudir a referência que vem fazendo do tema. Ele ainda padece desse grande problema, típico dos adeptos e ex-professantes do neoconstitucionalismo, que é a convicção sobre estar a palavra final alocada no tribunal constitucional. Ainda assim, o fato é que o ministro está muito adiante da maioria de seus pares quando traz à luz o assunto dos diálogos, pois mostra um grau de relevância à instituição parlamentar raramente sustentado, no Brasil, atualmente. É, sobretudo marcante, porque não o faz em um caso específico em que sua postura poderia ser considerada mera atuação estratégica (como Fux com o caso dos usuários de drogas e Mendes com o financiamento empresarial de campanhas), mas sim elabora uma compreensão normativa e abstrata, fundada em convicção sobre a relevância de pensar a legitimidade do STF e a importância dos fundamentos democráticos do poder. As intenções são as melhores, não resta dúvida.

³³⁰ Essa diferença de conceitos de diálogo nos usos que a corte faz deles e que os estudiosos sustentam não é particularidade brasileira. Veja-se, por exemplo, Hogg, Bushell e Wright (2007:47), que relatam o mesmo problema no Canadá.

É de se salientar que os ministros do STF vêm auxiliando nossa tarefa de evidenciar a importância do tema dos diálogos constitucionais no Brasil atual. Falemos da visão de Luiz Fux sobre o que sejam diálogos. Ela foi lançada em seu voto de relator à ADIn 5105, julgada pelo plenário do Supremo tribunal em 1º de outubro de 2015. Já no primeiro parágrafo do voto, o ministro Fux salienta que a Ação cuida de impugnar a Lei Federal nº 12875/13, que, segundo ele, buscou a *superação legislativa* do entendimento que havia sido conferido pelo STF ao Art. 47, § 2º, II, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), nas ADIns 4430 e 4795. O tema decidendo foi a restrição do acesso de novos partidos políticos ao fundo partidário e ao direito de antena (utilização de rádio e tv gratuitos).

Essa superação legislativa (quando veiculada por lei ordinária) é exatamente o fenômeno das chamadas leis *in your face*,³³¹ que são formas utilizadas pelos parlamentos para buscar dar a algum dispositivo da Constituição uma interpretação diferente daquela já lançada pelo tribunal constitucional (as Emendas Constitucionais e mesmo as leis federais que visaram a superar julgamentos do STF são objeto da pesquisa empírica levada a cabo neste trabalho e delineada no Capítulo seguinte). Como diz Fux no voto:

[...] o ponto nevrálgico da questão [é]: em que medida essa reação do Congresso Nacional, no sentido de superar a exegese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, inciso II, da Lei das Eleições, se revela legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional entre as instituições (sistema de *checks and counterchecks*) delineada pela Constituição.

A meu sentir, afigura-se pressuposto essencial ao enfrentamento da temática a correta delimitação desse espaço de conformação do legislador para proceder a correções jurisprudenciais, com vistas a, sob a ótica da *rule of law*, não vulnerar o conteúdo essencial da Constituição, e, sob a perspectiva *democrática*, não fossilizar o sentido das disposições constitucionais, asfixiando a vontade popular soberana. Ciente dessa singularidade, estabelecerei algumas premissas teóricas que irão guiar todo o restante do meu voto.

³³¹ O próprio ministro Fux as tratou dessa forma em seu acórdão nesta ADIn: “[...] **a novel legislação que ‘frontalmente’ colida com a jurisprudência (leis ‘in your face’) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte. [...]**”

Ou seja, toda a atenção do ministro – e do STF – voltou-se para compreender em que medida há possibilidade de o Congresso superar um entendimento do tribunal por meio de uma nova lei. Em sequência, o ministro Fux inicia uma Seção do seu voto com o eloquente título “*Breves Reflexões Acerca dos Limites e Possibilidades de Superação Legislativa dos Precedentes do Supremo Tribunal: A Teoria dos Diálogos Institucionais*”. Logo se percebe, com o arcabouço teórico já esboçado, que ele associa a ideia dos diálogos à possibilidade de correção legislativa da jurisprudência. Segundo o que argumentou-se, essa é uma visão formal, que dispensa a necessidade de conlevação mútua de argumentos entre os poderes, bastando que exista possibilidade de um superar o entendimento do outro em sua decisão. Ou seja, pouco ou nenhum potencial epistêmico resulta dos veredictos produzidos sob esta lógica. Corrobora a percepção de que este é o conceito agasalhado pelo magistrado supremo sua afirmação de que

[...] há diversos precedentes de *reversão legislativa* a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que *per se* desautorizariam a concepção de *última palavra definitiva*. Essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso *ativismo congressional*, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais. (pág. 4)

É simples: a prática dialógica, como diz, seria a possibilidade de reversão legislativa das decisões do STF. Ele chega, inclusive, a chamar de “*autoritarismo judicial*” e “*comportamento profundamente antidialógico*” o quanto dito pelo então ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADIn 2797, em que também se julgava tentativa de superação legislativa de decisão do STF (neste caso, era impugnada a Lei Federal nº 10628/02, que visava manter o foro privilegiado aos ex-detentores dessa prerrogativa que não mais ostentassem a condição que lha fez conferida). De fato, o ministro Percence considerou a tentativa de correção legislativa uma inconstitucionalidade formal do Congresso, por tentar interpretar lei de estatura superior com norma inferior, além de uma afronta à separação dos poderes a ser repelida pelo STF. O ministro Fux, coerente com seu entendimento do que sejam diálogos

constitucionais, após mencionar diversos casos em que o tribunal foi deferente a Emendas Constitucionais e leis federais que vieram a superar seus entendimentos, considerou que isso “[...] *demonstra a ausência de ‘supremacia judicial em sentido forte’ e a abertura dialógica, por parte da Corte, a ‘correções legislativas’ de sua jurisprudência, mesmo que veiculadas em legislação ordinária.*”

Nos dedicaremos, como já dito, à análise das tentativas de correção legislativa de jurisprudência do STF, pelo Congresso, em tópico seguinte da pesquisa empírica (Seção 4.3 do Capítulo 4). Lá, contudo, nosso foco será, adotando-se a linha epistêmica esposada, nas razões lançadas por ambos os poderes quando de tais ocorrências. Assim, diferentemente do ministro Fux, consideramos que somente há diálogo constitucional quando houver potencial de melhoria epistêmica da decisão por meio da consideração mútua de razões (diálogo em sentido material) e não a mera possibilidade fática de que a posição do Congresso prevaleça (diálogo em sentido formal).

Não deve passar despercebido, contudo, que o próprio ministro acaba por concluir que, se há necessidade de algum grau de deferência da corte às leis *in your face*, ela advém da relevância do próprio regime democrático e da capacidade do legislativo se autocorrigir. E, para saber se, da nova lei, o conteúdo deve ser validado pelo tribunal, *é nas razões do Congresso* que repousa o elemento a ser considerado:

[...] o dever de fundamentação das decisões judiciais, *ex vi* do art. 93, IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de *correção legislativa de sua jurisprudência*, **enfrente a controvérsia à luz dos (novos) argumentos** expendidos pelo legislador para reverter o precedente. [...] introduzida por legislação ordinária [a tentativa de superação legislativa de jurisprudência], a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com *presunção de inconstitucionalidade*, de sorte que caberá ao legislador o ônus de **demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima**. Ademais, deve o Congresso Nacional **lançar novos fundamentos** a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de *mudança constitucional pela via legislativa* [...] [Grifos nossos, com

exceção daquele presente em “inconstitucionalidade”, que é do original]

Ora, a demonstração argumentativa, os fundamentos, as razões para a “mutação constitucional pela via legislativa” (ideia curiosa e, me parece, equivocada – porquanto pressuporia que a interpretação da corte é tão autêntica que seu desafio incidiria em mutação) têm de ser aferidos a partir do que disse o Congresso na edição da nova norma. Isso não estará presente no próprio corpo da lei, mas sim nos debates parlamentares e, sobretudo, nos pareceres das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania acerca da constitucionalidade das proposições. Como trataremos no Capítulo metodológico, é ali que o STF deveria buscar tais razões. Se o faz, viabiliza a posição manifestada pelo ministro Fux; senão, transforma ela em mera retórica.³³²

Como dissemos acima, “diálogo constitucional e superação pelo parlamento das decisões do judiciário não são a mesma coisa. Esta pode servir àquele, mas nem sempre é assim.” Aqui estamos diante de um típico caso para aplicação destas afirmações: pode ser que leis e Emendas Constitucionais que visem à correção legislativa de jurisprudência sirvam aos propósitos dos diálogos constitucionais e ativem uma dinâmica de construção argumentativa e, com isso, melhoria epistêmica entre os poderes. Contudo, isso é algo a ser

³³² De antemão, menciona-se que um dos *locus* em que o ministro Fux foi buscar, explicitamente, as possíveis razões que sustentariam a superação da jurisprudência tratou-se da Justificação do projeto de lei que redundou na Lei 12875/13. Não nos parece ser este o correto, pois a justificação, ainda que relevante, é apenas a opinião de quem propôs o projeto. Apenas os pareceres das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania de cada Casa do Congresso Nacional podem ser consideradas posições institucionais, porquanto são votadas e aprovadas pelo conjunto dos parlamentares. Claro que, num crivo epistêmico, é preferível que a corte considere, pelo menos, os argumentos das justificações das proposições, mesmo que fosse preferível observar os pareceres das Comissões. Fazendo justiça com o ministro relator, também houve a consideração, em seu voto, do parecer da CCJC do Senador (lacônica, aliás, sobre a constitucionalidade da proposição). Ao final, contudo, considerando todas as razões lançadas pelos parlamentares, o ministro Fux votou por declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados (Artigos 1º e 2º) da nova lei – ele considerou que os argumentos não eram suficientes para promover a “mutação constitucional”. Como escreveu: “*Na espécie, a justificação do projeto de lei se limitou a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator, e corroborado pelo Plenário.*” Como sempre em direito, a posição de fundo é apenas uma posição, pois foram a ela contrários, além do procurador-geral da República, os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, ainda que derrotados e que o STF tenha declarado, por maioria, a inconstitucionalidade reivindicada.

aferido em cada caso (tarefa desempenhada a seguir). De plano, não podemos concordar com o ministro Fux que, em todos os casos em que o Congresso busque alterar entendimentos do STF por leis ou Emendas Constitucionais (ou mesmo que restringíssemos àqueles em que a corte aceita a nova lei) exista diálogo. Só haverá se os argumentos forem efetivamente considerados (e, saliente-se, mesmo que seja para novamente invalidar a lei ou Emenda). De se festejar, contudo, que se diga num acórdão do Supremo que

[é] precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma *rodada procedimental*, mas não encerram, *em definitivo*, a controvérsia constitucional em sentido amplo. [...]

Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “*catalisador deliberativo*”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional [...]. (págs. 16-17)

Ainda que consideremos insuficiente, é inegável que o conceito de diálogos constitucionais de Luiz Fux é mais próximo àquele que abarcamos do que a visão paternalista (do STF como “conselheiro legislativo” ou *advice-giver*) defendida por Barroso.

2.4 A obrigação jurídica de consideração dos argumentos constitucionais do legislativo pelo judiciário

Faz-se necessário ao fundamento geral da tese aqui desenvolvida a postulação de que os juízes do STF – e valeria, com ainda mais vigor, a todos os demais – são obrigados por nosso ordenamento jurídico a considerar todos os argumentos colocados nos autos pelas partes. É certo que o foco deste trabalho, em matéria de decisões judiciais, são as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns), como será melhor explicitado no Capítulo seguinte, e ADIns não tem “partes”, processualmente falando, mas sim requerentes e requeridos. Não há, em controle concentrado de constitucionalidade, a famosa “angularização da relação processual”, é certo.

Não obstante, há argumentos nas ações diretas, favoráveis e contrários à declaração de inconstitucionalidade. O ministro Marco Aurélio costuma questionar quando, por exemplo, a AGU resolve concordar com a postulação de inconstitucionalidade de uma lei, exatamente porque entende que o papel desta instituição é “defender o ato impugnado” com vistas a equilibrar o debate judicial, nos termos do § 3º do Art. 103 da CF/88³³³:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas um registro.

A Carta da República é claríssima ao apontar, e é justamente isso que justifica a participação do **Advogado-Geral da União** quanto ao ataque a leis estaduais, que **ele atua como curador do ato atacado, justamente para se ter, no processo, certo equilíbrio**. No caso, o próprio Advogado-Geral da União pediu a declaração de inconstitucionalidade. [Manifestação no acórdão da ADIn 4307 – grifo nosso].

O cerne do que aqui se postula – que a consideração mútua de argumentos entre os poderes legislativo e judiciário, em matéria de adjudicação constitucional, é pressuposto de decisões epistêmica e democraticamente mais defensáveis – não depende, é verdade, de saber se existe a obrigação jurídica para que isto ocorra. No entanto, no sistema brasileiro atual, pode-se ir além, e sustentar que os magistrados são, sim, devedores de arrazoamentos completos em suas decisões.

Não parece ser meta tão distante da realidade. Aluda-se ao Art. 489 do Novo Código de Processo Civil brasileiro – Lei Federal nº 13.105/15, em vigor em 17 de março de 2016:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

³³³ “§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [Grifos nossos].

Supondo que o Novo Código se aplique às ações de controle abstrato de constitucionalidade, lembrando que a Lei Federal nº 9.868/99, em seu Art. 6º, exige que o relator da ADIn solicite informações aos órgãos dos quais emanou a lei (o Congresso, no caso do nosso foco de análise), e percebendo, ainda, que o novo CPC fala em “*todos os argumentos deduzidos no processo*” (e não nos argumentos das “partes”), então é de se concluir que, a partir da entrada em vigor da nova lei adjetiva, o STF estará obrigado a apreciar os argumentos do Congresso que consideraram a lei constitucional – pelo menos aqueles mencionados nos ofícios de informação em resposta à solicitação do ministro relator. Melhor seria se houvesse, também, a obrigação de aferir as razões expostas nos debates parlamentares e nos pareceres das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJCs) da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (haverá, se as Casas Legislativas acostarem cópias em seus ofícios de informação).

Veja-se que, de acordo com Art. 387 do Regimento Interno do Senado, quando esta Casa Legislativa dedica-se a apreciar as declarações de inconstitucionalidade decididas pelo STF em sede de controle concreto, ela não prescinde, nos autos do procedimento decisório: “*do texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.*” Ora, se já há na Lei Federal nº 9.868/99 o dever de prestação de informações por parte do legislativo, então porque não estender-se essa obrigação, dizendo-se que os pareceres das CCJCs – *locus* por excelência dos arrazoados parlamentares acerca da constitucionalidade das proposições – devem ser necessariamente aportados aos autos dos processos de controle abstrato de constitucionalidade? Há muitos casos em que os ofícios de informação colacionam cópias de tais pareceres; há outros em que os próprios ministros buscam conhecer e citam tais documentos, mas isto é esporádico e descontínuo, não gerando qualquer prática sistemática nos procedimentos decisórios.

O Art. 93, inc. IX, da Carta Política costuma ser lembrado, até por ministros do STF, quando se fala em fundamentação das decisões judiciais, devendo estar presente a fundamentação até mesmo em casos de reafirmação da jurisprudência:

Ademais, e *em segundo lugar*, o dever de fundamentação das decisões judiciais, *ex vi* do art. 93, IX, da Constituição, **impõe que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de correção legislativa de sua jurisprudência, enfrente a controvérsia à luz dos (novos) argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente.** [...] [Trecho o voto do ministro Luiz Fux na ADIN 5105 – grifo nosso].

A postura atual do STF, contudo, parece ser de considerar que não há obrigação aos juízes, e menos ainda aos ministros daquela corte, de albergar a totalidade dos argumentos expostos pelas partes. Como explica Marinoni (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2014:755):

Existem julgados do STF que ainda hoje comungam de semelhante entendimento [de que bastaria à sentença, para ser considerada fundamentada, que demonstrasse as razões em que fundado o dispositivo, sem consulta aos argumentos das partes]. Assim, por exemplo, não é raro colher em decisões do Supremo que basta ao julgador expor “de modo claro as razões de seu convencimento” para ser considerada motivada a sua decisão. Traduzindo: *é desnecessário o debate com as partes partindo-se dos fundamentos por elas invocados em suas manifestações processuais.*

Ocorre que entendimento dessa ordem *encontra-se em total desconformidade com a nova visão a respeito do direito ao contraditório.* Se contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa do processo.* Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de debate aos fundamentos levantados pelas partes.*

É o que se vê nos mais recentes julgados:

EMENTA: Agravo regimental no agravo de instrumento. [...] Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Desnecessidade de o órgão judicante se manifestar sobre todos os argumentos de defesa apresentados. Fundamentação calcada em razões suficientes para a formação do convencimento. Reafirmação da jurisprudência em sede de repercussão geral reconhecida. Precedente. Agravo regimental

não provido. [...] 3. A jurisdição foi prestada, na espécie, mediante decisões suficientemente motivadas, não obstante contrárias à pretensão do recorrente, tendo o Superior Tribunal de Justiça explicitado suas razões de decidir. 4. **O art. 93, inciso IX, da Constituição não determina que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas sim que ele explicita as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento.** 5. **Ao reconhecer a repercussão geral do tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou essa orientação (AI nº 791.292/PE-RG-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13/8/10).** 6. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AI 790707 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015) [Grifos nossos]

E, o que é pior, com dois pesos e duas medidas:

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. [...] 3. Recurso extraordinário que não infirmou todos os argumentos do acórdão recorrido. Súmula 283 do STF. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 752566 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 15-12-2015 PUBLIC 16-12-2015)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 284/STF. 1. Não comporta conhecimento o agravo interno que não impugna direta e especificamente todos os argumentos indicados na decisão monocrática de Relator. 2. Agravo regimental não conhecido. (ARE 741426 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 11-11-2015 PUBLIC 12-11-2015)

Ou seja, para o STF, hoje, os advogados são obrigados a rebater **todos** os argumentos da decisão que queiram agravar, mas os juízes podem decidir, apenas, com base nas razões que entenderem idôneas. Possivelmente, como diz Lênio Streck (2015), “[s]erá uma grande batalha implementarmos o NCPC [Novo Código de Processo Civil]”, mas é inegável o que esta lei exige em relação à exaustividade da fundamentação judicial quanto aos argumentos postos nos autos. E, no que aqui pertine, é também patente que esta regra do

novo CPC aplica-se ao processo objetivo de controle de constitucionalidade. Ver-se-à como vai caminhar a jurisprudência e a pressão do meio jurídico nacional.³³⁴

³³⁴ “Ao fazermos uma análise mais detida do NCPC, é possível perceber que as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no vetusto — e autoritário — modelo social protagonista podem estar se alterando. No livro ‘O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?’, relato uma série de decisões que simbolizam esse socialismo processual tardio e do solipsismo ínsito a esse imaginário. Agora mesmo no Rio de Janeiro um juiz convocado disse na AC 99.02.30246-7, tendo decidido da mesma forma na AC 606.345, que ‘o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado o motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Nego os embargos!’ Já em São Paulo, um desembargador disse, recentemente: ‘tenho convicção e assim decidi. Nada necessito mais dizer’. E digo eu: Isso tem de ter fim. Essa é minha batalha. Era isso que eu queria com a retirada do LC [livre convencimento] (motivado ou não, tanto faz, porque o LCM é um engodo a-paradigmático; de que adianta motivar o conseqüente se deixo livre o antecedente? Qualquer aluno de filosofia sabe (d)isso e destrói o LCM em 5 segundos). Não mais pode(re)mos tolerar decisões como: ‘Não estou obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes. As razões de meu convencimento são suficientemente claras.’. Decisão desse jaez deverá receber a pecha de nulidade. Simples, pois. Sob pena de o NCPC fracassar!” (STRECK, 2015).

3. Metodologia da pesquisa empírica

No Capítulo anterior dissemos que o conceito de diálogos adotado neste estudo pressupõe a capacidade dos poderes envolvidos falarem e serem ouvidos.³³⁵ Como isso se daria, de fato, na prática do sistema constitucional brasileiro? Quais critérios adotar para pesquisar sobre a ocorrência ou não de manifestações dialógicas na prática do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, lembrando que estamos a perquirir acerca da existência ou não de um modelo normativo de democracia deliberativa delineado anteriormente?³³⁶ É com estes temas que nos entreteremos aqui.

Nos parece de valia retomar a diferenciação que faz Linares (2008b:487 e ss) entre os diálogos dialéticos e os não dialéticos. Os primeiros são, para o autor, aqueles que ocorrem quando as autoridades políticas e as cortes “falam” ao mesmo tempo em que decidem, mas sobretudo cada um o faz em momento distinto, sequencial, em relação ao outro poder. Já os diálogos não dialéticos seriam aqueles em que as autoridades representativas dialogam com as cortes antes, durante e depois de tomar a decisão, sempre em prol de um objetivo comum. Segundo Linares, haveria diálogos não dialéticos nas hipóteses de “litígios de reforma estrutural”, que converteriam a corte em um ator com poder

³³⁵ Não é à toa que o Canadá tenha sido terreno tão fértil aos debates sobre diálogos constitucionais. Mais até do que a *notwithstanding clause*, da Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades, a Seção 1, já mencionada, exige que o parlamento exerça com vigor a justificação da razoabilidade de quaisquer limitações levadas a cabo quanto aos direitos previstos na *Bill*. Desta feita, é tarefa crucial dos legisladores canadenses a justificação explícita das razões que os levaram a determinada restrição, razões estas que deverão ser, por força da própria lei, o foco de debates da Suprema Corte em qualquer eventual questionamento judicial da legislação aprovada. Fica, assim, evidente que cogitar-se de um modelo com robusta justificação parlamentar da adequação das leis aprovadas é antes uma inspiração em um caso institucional real do que um mero *wishful thinking*.

³³⁶ “[...] *The conception of deliberative democratic constitutionalism I defend [...] then is a normative theory – it articulates and defends certain specific conceptions of our political ideals that are used to evaluate the worth of particular political arrangements – but it is not an ideal theory – developed and justified independently of historical and empirical considerations and, in a second step, applied to the fallen world of only partially compliant institutional realities. It is, rather, a conception developed to evaluate institutional possibilities and proposals, one simultaneously developed out of and responding to the world of political institutional as we know them. This methodological point about the reciprocity between normative ideals and institutional possibilities at the general level, however, should not obscure the basic inferential priority of normative ideals over extant institutional considerations. We cannot evaluate the worth of institutional structures and results except in the light of justified normative ideals. By contrast, accepting extant institutions as the measure of normative ideals will only lead to pathologies of ad hocery [...] fundamentally distorting those ideals beyond usefulness and recognition, leaving them mere rhetorical honorifics.*” (ZURN, 2007:26). Faço nossas tais palavras.

de agenda política, capaz de obrigar às instituições representativas a abordar certos problemas, deliberar sobre as distintas soluções possíveis, aprovar reformas e controlar o processo de execução das mesmas. Como salta aos olhos, um tal papel, a despeito de conferir determinadas decisões à discricionariedade do Congresso, é de evidente tutela do legislativo por parte do tribunal. Logo, pouco de diálogo horizontal parece encetar, pelo menos no plano empírico. Além disso, soa equivocado tratar como não dialética uma hipótese em que argumentos deveriam ser esgrimidos pelo parlamento e pela corte, gerando sínteses ao final. O que Linares quer salientar com sua distinção – e é isso que ora nos interessa – é que há formas de dialogar que permitem a troca de argumentos num mesmo momento procedimental-institucional (por exemplo, durante o julgamento levado a cabo no plenário da corte) e outras formas que exigiriam o escalar de etapas estanques de múltiplas (e por vezes contraditórias) tomadas de decisão (uma no “chão” do parlamento, outra no palácio do tribunal e assim por diante).

Segue-se, pois, que parece sempre desejável, em um diálogo, que o contendor seja capaz de retorquir o argumento alheio tão logo ele seja proferido, o que exigiria – para o âmbito em que estamos trabalhando – um tipo de arranjo institucional de que não se tem notícia (pelo menos, não com este objetivo). Seria algo como angariar em um mesmo recinto juízes, deputados e senadores e pô-los a debater seus pontos de vista sobre a melhor interpretação constitucional. Ainda que a cena pareça insólita, não é tão distante do que já ocorre quando aglutinam-se, com suas idiossincracias, deputados e senadores em uma mesma Seção do Congresso Nacional (em casos em que se trata de deliberações que exigem a reunião de ambas as câmaras) ou mesmo em situações como a do julgamento de impedimento do presidente da república, em que o Senado tem sua Seção comandada pelo presidente do STF. Não é impossível e nem alheio à realidade reunir institucionalmente membros de poderes diversos em uma só seção deliberativa, mas reconheço que soaria assaz ruidoso para nossos ouvidos tradicionais.³³⁷ Tulis (2003:200-201) sustenta que uma

³³⁷ Ainda que não seja uma ideia tão insólita. Os presidentes norte-americanos George Washington e John Adams, por exemplo, compareciam no início de cada ano legislativo

[...] deliberation between institutions need not (though it sometimes does) involve a face to face encounter of persons. In the place of a face to face encounter (or sometimes accompanying one) are texts exchanged by institutions. In the construction and exchange of texts institutions address the merits of public policy and the best of these exchanges manifest the most important attribute of deliberation: reciprocal respect for, and responsiveness to, opposing arguments regarding the issue addressed.³³⁸

Descartado, pois, um tal modelo de diálogos, que poderíamos chamar de simultâneos³³⁹ (o que aparenta melhor semântica do que o “dialéticos” de Linares), contentar-nos-emos com algo mais apartado, como é o caso dos diálogos por etapas, em que cada instituição pondera suas razões em textos e conclui a sua decisão, abrindo, assim, a chance de a outra fazer o mesmo em seguida.³⁴⁰ É como seguiremos.

Com inspiração um tanto semelhante à de Linares, só que voltada ao alvo deliberativo, Ferejohn e Pasquino (2002;2004;2014) aludem a duas formas

perante o Congresso e liam seu “*Annual Adress*” (que veio a chamar-se, depois, de *State of the Union*). Após longos debates e deliberações, cada casa legislativa formulava sua resposta e então: “[s]eparately and at different times, each house of Congress transported its entire membership to the President’s house where the Speaker, or in the case of the Senate, the Vice-President, read the Reply. Since the debates were well covered in newspapers (there was no official congressional record), the President was already familiar with each Reply presented to him, and immediately following the Reply he read his own Reply to the Reply.” (TULIS, 2003:202-203). Após estes dois presidentes do início da República Norte-Americana, “*Thomas Jefferson abandoned the practice of appearing in person before Congress to deliver an Annual Address and he also abandoned the practice of receiving a Reply and Replying in turn. [...]*” (*Ibid.*, 207).

³³⁸ O autor ainda promove um instigante vínculo entre o funcionamento adequado da teoria da separação dos poderes com a deliberação entre os poderes e suas consequências: “[...] I [...] wish to stress that when separation of powers does work as designed, it has at its core the notion of inter-branch deliberation. That, in turn, suggests several important issues whose elaboration can improve democratic theory: 1) the utility of written texts as constraints upon oral deliberation; 2) the mutual dependence of intra-institutional, inter-institutional, and public deliberation; 3) the use of motive and interest as an inducement to reason rather than as a contaminant of reason; and finally, 4) the use of constitutional institutions to generate differing perspectives upon politics as a way of ensuring, over time, that competing considerations are brought to bear on matters of political debate.” (TULIS, 2003:210).

³³⁹ Como veremos a seguir, o “descarte” não é absoluto.

³⁴⁰ Vermeule (2009:48 e ss) trata das formas de decisão simultâneas e sequenciais e das consequências de cada uma delas na qualidade epistêmica final das decisões tomadas. E, ainda que seja um cético do modelo sequencial, pelo mau uso que a ação estratégica auto-interessada possa fazer dele, afirma que “[...] under some conditions it [o modelo sequencial] can be superior, especially if later decisionmakers acquire useful information from observing the actions of predecessor.” Ora, é exatamente do que se trata aqui: as decisões do modelo sequencial, adotado entre parlamentos e cortes na adjudicação constitucional, podem conduzir a uma resposta epistêmica melhor se houver observação real por um (corte) daquilo que o outro (parlamento) produziu em matéria de arazoamento.

de deliberação mirando cortes, mas com aplicações variadas: a deliberação *interna* levada a efeito por um grupo de pessoas seria um esforço para o uso da persuasão e arrazoamento para levar o conjunto a decidir um curso de ação comum. Já a deliberação *externa* seria também um esforço de persuasão e argumentação, só que para afetar ações (decisões) que são tomadas fora do grupo que está a discutir. Além disso, “[i]nternal deliberation involves giving and listening to reasons from others within the group. External deliberation involves the group, or its members, **giving and listening** to reasons coming from outside the group” (FEREJOHN;PASQUINO, 2004:1692; grifo nosso). Os próprios autores reconhecem que os tribunais costumam atuar com ambos os focos, mas que o modelo institucional de cada país parece forçar a prevalência ou da deliberação externa ou da interna.

Nos EUA, por exemplo, o caso seria de deliberação externa, com a corte falando para plateias como o poder executivo, o congresso e a imprensa; já no modelo europeu continental, os tribunais em geral produzem deliberações internas, com trocas efetivas de argumentos e tendência forte de produzir consensos – até porque, por não haver acesso do público no ato da discussão, os juízes não passam por constrangimentos de mudar de posição. Na deliberação externa há uma clara indisposição de alteração de pontos de vista nos debates, os votos dos magistrados costumam chegar prontos às seções³⁴¹ e, em geral, os juízes não falam com intuito de convencer seus pares³⁴². No bojo do mesmo tópico, Virgílio Afonso da Silva (2009:217) crê que

[o] modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus. Especialmente devido à (1) *quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros*: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para

³⁴¹ E, muitas vezes, sequer são lidos, bastando ao ministro que o traz mencionar as conclusões e dizer que juntará aos autos a versão escrita (exemplo no voto do ministro Dias Toffoli, na ADIn 4425).

³⁴² No julgamento da ADIn 4947, os ministros do STF debatiam ativamente o mérito da causa, quando então o ministro Luís Roberto Barroso afirma: “**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Deixe-me só fazer um comentário. Não quero convencer ninguém. Percebo que o Ministro Fux já tem um convencimento formado e eu o respeito.** Mas o § 1º do artigo 45 [...]” [Grifo nosso]. Ora, fica evidente que, se o debate não serviria para convencer os pares, então ele deve voltar-se a outra finalidade, como, por exemplo, o esclarecimento da opinião pública acerca da posição de cada magistrado.

ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; (2) *inexistência de unidade institucional e decisória*: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; e (3) *carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal*: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma *colagem*, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.

Como estamos a tratar de diálogos interinstitucionais, não haveria muito a perquirir acerca de lógicas de deliberação interna – não é nosso propósito.³⁴³

³⁴³ Note-se que duas das propostas do ministro Barroso de melhoria do funcionamento do STF são a troca antecipada dos votos entre os ministros e a votação, em plenário, pelo menos da ementa a ser publicada, para que, com isso, se possa melhorar o perfil do diálogo interno da corte (em texto intitulado “*Reflexões Sobre as Competências e o Funcionamento do Supremo Tribunal Federal*”, disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>, acesso em 30/09/2015). *In verbis*: “Até 48 horas antes do julgamento, os relatores deveriam circular a minuta do seu voto entre os demais, respeitado, naturalmente, casos excepcionais, a critério de cada Ministro, bem como o direito dos que não concordam com a prática. Este procedimento tem sido adotado na Primeira Turma e, parcialmente, no Plenário, com inequívoco aumento da eficiência e da qualidade das deliberações. [...] Antes de concluir o julgamento, acho produtivo que o relator submeta, à maioria que se formou, a tese jurídica que constará da ementa do julgado. Isso daria clareza imediata ao que restou decidido pelo Colegiado, facilitando o trabalho do próprio relator e a compreensão pelos demais tribunais e pelo público em geral.” Clève e Lorenzetto (2015:9), na mesma toada, crêem que “[...] o aperfeiçoamento da deliberação interna no Supremo Tribunal Federal demandaria uma maior interação entres os seus ministros, como a troca dos votos e formação de uma posição institucional que não se limitasse a um aglomerado de votos. Tais modificações poderiam ser conduzidas através de alterações regimentais e não demandariam emendas à Constituição. Todavia, precisariam, acima de tudo, de mudanças na compreensão institucional da Corte por parte de seus ministros, que precisam aceitar a contraproduzitividade dos monólogos institucionais.” Virgílio Afonso da Silva (2009:219) promove uma interessante vinculação entre a qualidade da deliberação interna e as chances dos diálogos constitucionais, uma vez que entre ser pressuposto dos diálogos a existência de uma “unidade institucional”, ou seja, uma única posição da corte: “[...] parece-me possível propor algumas idéias conclusivas acerca do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. A primeira delas diz respeito à idéia de deliberação. Como já foi exposto anteriormente, os ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si. Neste ponto, é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas. Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um locus privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF. **Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições.**” [Grifo nosso]. Veja-se que provavelmente o professor tem razão e que diálogos constitucionais só possam ocorrer – bem – entre tribunal e parlamento se houver essa unidade institucional. Contudo, sabe-se, de antemão, que ela não existe (e não existe, também, no legislativo, onde sequer há obrigação de fundamentação dos votos). Assim, não assumiremos uma tal limitação, porquanto cremos possível que pelo menos

Agora, quanto à deliberação externa, por certo que é a ela que nos remeteremos na análise do material bruto da pesquisa, que são acórdãos e decisões legislativas. O caso é saber se, ao proferirem argumentos para plateias externas, ministros e parlamentares dirigem-se uns aos outros considerando as posições mútuas,³⁴⁴ ou se apenas “falam para a torcida”.³⁴⁵

Entendendo que consideraremos por diálogo a consideração de argumentos pelas instituições nas hipóteses de interpretação constitucional, então pende apontar onde teriam sido lançados estas razões que podem subsidiar os diálogos.

Em primeiro lugar, saliente-se que o “veículo” principal de interpretação constitucional, por parte do Congresso Nacional, são as leis em sentido estrito. Quando aprova uma Emenda à Constituição, o parlamento precisa saber se fere ou não um limite formal ou material de reforma (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014:921)³⁴⁶, mas a isto ele costumaré resumir a exegese constitucional neste caso, pouco adentrando, em regra, na análise do texto vigente da Carta.³⁴⁷ Ainda assim, pela relevância dos temas postos, empreenderemos a análise dos casos de Emendas Constitucionais questionadas no STF. Por manter o foco nos possíveis diálogos entre o legislativo e o judiciário, a pesquisa não irá averiguar ações diretas de inconstitucionalidade contra atos normativos federais em sentido amplo (como

nos votos individuais que conformam essa colcha de retalhos que é o acórdão do STF haja argumentos voltados ao que disse o Congresso (deliberação externa).

³⁴⁴ “[...] ao proceder ao estudo de casos de decisões judiciais da Suprema Corte brasileira deve-se indagar se elas foram pautadas previamente por um tratamento deliberativo e se traduzem um compartilhamento de poder.” (CARVALHO; VIEIRA; RÉ, 2009:90).

³⁴⁵ Virgílio Afonso da Silva (2009:211-212) percebe que as lógicas da deliberação interna e externa não são necessariamente excludentes. Ele vê como possível que, ao mesmo tempo, a corte busque uma decisão institucional (única e coerente argumentativamente), ao passo que destina sua manifestação a uma plateia externa.

³⁴⁶ E também dizem Souza Neto e Sarmento (2013:145): “[...] Ao legislar, o Parlamento tem de interpretar a Constituição, no mínimo para identificar os limites que não pode transpassar.”

³⁴⁷ Como precisamente argumentado no acórdão da ADIn 5105, relator ministro Luiz Fux: “[...] o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, ‘superar’ a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a ‘reversão’, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.” (pág. 17)

decretos), perscrutando apenas os produtos de processo legislativo do Congresso Nacional.³⁴⁸

A Constituição é silente quanto aos procedimentos a serem adotados, nos meandros do processo legislativo, nas Casas do Congresso Nacional. Temos apenas o dizer do Art. 58 da Carta Política de que “[o] Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.” É, assim, nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado que encontraremos as respostas quanto aos caminhos talhados às proposições normativas.

Para os Deputados, a previsão que nos interessa está no Regimento Interno da Câmara (resolução nº 17, de 1989):

Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas:

[...]

III – pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as Comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso;

[...]

Art. 54. Será terminativo o parecer:

I – da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria;

[...]

Art. 139. A distribuição de matéria às Comissões será feita por despacho do Presidente, dentro em duas sessões depois de recebida na Mesa, observadas as seguintes normas:

[...]

II – excetuadas as hipóteses contidas no art. 34, a proposição será distribuída:

[...]

c) obrigatoriamente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as Comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso;

[...]

³⁴⁸ Assim, fazemos uma divisão entre os dois permissivos da alínea “a” do inc. I do Art. 102 da CF/1988, vindo a analisar apenas os casos de questionamento de leis (leis ordinárias, leis complementares e emendas constitucionais).

Estes dispositivos deixam claro que todas as proposições, nas quais estão englobadas propostas de Emenda à Constituição, projetos de lei e de lei complementar, serão necessariamente apreciados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), notadamente acerca da constitucionalidade, devendo haver parecer formal por parte do deputado relator com as razões de sua apreciação. Sendo considerada inconstitucional, a proposição é arquivada, salvo provimento de recurso pelo Plenário da Casa contra o parecer terminativo da CCJC, ocasião em que o próprio Plenário analisa a constitucionalidade (Art. 145 do Regimento Interno da Câmara).

No Senado, a norma análoga está no Art. 101 do seu Regimento Interno (resolução nº 93, de 1970):

Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário;

[...]

§ 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254.

§ 2º Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício.

A previsão senatorial não discrepa daquela adotada pela Câmara Baixa, havendo sempre esta manifestação fundamentada da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a constitucionalidade das matérias que lhe são submetidas. Segundo o Art. 131 do Regimento Interno do Senado (R.I.S.), os relatórios emitidos pelos senadores designados para a relatoria serão apresentados por escrito, passando a ser “pareceres” uma vez aprovados (Art. 132 do R.I.S.).

Assim, um manancial seguro de argumentos favoráveis à constitucionalidade das proposições aprovadas pelo Congresso são os pareceres aprovados pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania de cada Casa Legislativa e pelo Plenário, quando for o caso (esse é chamado pela

doutrina nacional de “controle preventivo de constitucionalidade”³⁴⁹, juntamente com a análise que é feita pelo chefe do executivo quando da sanção ou veto). É possível que o conteúdo destes pareceres seja por demais lacônico para ensejar diálogos e, caso isso seja assim, é atribuível forte chance à hipótese do beiral, de Tushnet (mencionada à pág. 124)³⁵⁰, segundo a qual se os debates aprofundados sobre o sentido da Constituição não são feitos no parlamento, isto se dá *exatamente porque há uma Suprema Corte alocada no desenho institucional para cumprir este papel, sendo que os legisladores sabem disso e agem com a certeza de que suas posições sobre direitos não serão, em todo caso, as definitivas* (como dissemos acima).³⁵¹ Por ora, contudo, não estamos

³⁴⁹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO (2014:193).

³⁵⁰ A preocupação foi referenciada expressamente pelo ministro Fux em seu voto como relator na ADIn 5105: “[...] *desconsiderar que as demais instituições, em geral, e o Poder Legislativo, em particular, sejam intérpretes autorizados da Lei Fundamental pode propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar a Constituição, afastando a gramática constitucional de outros fóruns de discussão, que não as Cortes. Ademais, a perspectiva ‘juriscêntrica’ de hermenêutica constitucional também estimula comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelos legisladores, naquilo que o Professor da Universidade de Harvard Mark Tushnet, em sua obra ‘Weak Courts, strong rights’, intitulou de ‘desobediência antecipada’ (‘anticipatory disobedience’). Para Tushnet, os legisladores, em um modelo de supremacia judicial [em sentido forte], cientes de que o ônus para aferir a validade de seus atos recairá necessariamente sobre a Suprema Corte, se veem incentivados a editar normas flagrantemente inconstitucionais como estratégia política, postura que não ocorreria, na visão do ilustre Professor, nas hipóteses em que eles tenham completa responsabilidade de seus atos, como nas “questões políticas [...]”* (pág. 12)

³⁵¹ E também se pode aqui remontar ao caso canadense, em que a Seção 1 da *Bill of Rights*, ao prever expressamente a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, acaba obrigando o parlamento a argumentar explicitamente na retórica dos direitos quando está a legislar, sobretudo para demonstrar que não está aprovando restrições ilegítimas dos “trunfos contra a maioria”. Ou seja, não só o comportamento indiferente a argumentos por parte da corte pode influenciar a atitude parlamentar, mas também o desenho institucional pode fazê-lo. Por outro lado, se a corte tem a postura de relevar argumentos, então isso é um incentivo à prática deliberativa do legislador. Como afirma e aconselha Hiebert ao caso canadense (2000:14): *“Parliament’s contribution to dialogue would be enhanced if it viewed itself more selfconsciously, and was treated by the executive, as a meaningful partner in dialogue. [...] If parliament is going to be viewed as a serious partner in constitutional dialogue, it is necessary to make legislative decisions that restrict rights more accountable and the reasoning more transparent. A transparent parliamentary record of debate, where legislative choices are justified specifically on Charter grounds, will provide government litigators a far richer record to draw upon when defending legislation. Furthermore, from more careful parliamentary scrutiny will come more reasonable legislation. From a more conscious and transparent parliamentary Charter debate, the reasonableness of legislative decisions will also become more apparent. For both reasons, courts will have less cause to set aside legislation. Yet if parliament is seemingly cavalier about Charter obligations, the judiciary will have little incentive to defer to parliament’s legislative intent. This perception of indifference may arise even in light of extensive behind-the-scenes Charter analysis, because this is not subject to parliamentary, public or judicial purview. Three possible ways to strengthen the quality of parliament’s supervisory role, from the perspective of the Charter, are the following. One is to have the Justice Minister speak to parliament when bills are introduced about the specific Charter concerns associated with the bill and to articulate the rationale, merits and effects of a particular*

conjecturando sobre razões para eventuais pauperrismos argumentativos dos legisladores.

É relevante afastar como fonte válida de argumentos parlamentares favoráveis à constitucionalidade de uma lei aqueles lançados pelo próprio deputado ou senador (ou por qualquer dos demais legitimados a apresentar proposições) no projeto de lei ou proposta de Emenda à Constituição – a chamada “justificação”. A justificação não é (ou não deveria ser) um texto irrelevante. Ele é o repositório em que o autor delimita as razões pelas quais aquela proposição seria valorosa, consubstanciando-se em elemento formal essencial de qualquer projeto que venha a tramitar no Congresso. Contudo, é sabido que dois ou mais parlamentares podem aprovar o mesmo texto de um projeto por razões diversas; ou seja, se eles fossem argumentar o porquê de estar chancelando aquela futura lei, é possível que dessem motivos diferentes, talvez até conflitantes. Se fossem escrever a justificação, cada um lançaria ali razões peculiares. Assim, se a justificação é um bom local para buscar o intento pelo qual um determinado ator protocolou um projeto ou proposta, não é para saber quais foram os motivos pelos quais a proposição restou aprovada, menos ainda para conhecer os argumentos favoráveis à sua constitucionalidade. Como sustenta Linares (2008a:172):

[...] puede darse el caso de que la mayoría legislativa apruebe una ley tanto por razones perfeccionistas como de moral intersubjetiva. Algunos legisladores pueden creer que la prohibición del consumo de drogas se justifica por que esa restricción hará de todos mejores personas, mientras que otros puede que la apoyen porque creen que de ese modo se mitiga la violencia y la criminalidad. En casos así ¿cuáles son las razones genuinas que subyacen a las normas? La teoría [...] al

legislative proposal. A second is to have government lawyers or the Minister of Justice/Attorney General produce a document for parliamentary and public consumption that would be based on the kind of risk assessment performed on the government's behalf. This document could be circulated to the relevant committees studying the issue or, if not applicable, during second reading speeches. A third is to establish a specific parliamentary Charter committee to study those bills that the government designates as raising serious Charter issues. This idea is borrowed in large part from Australia. The object of a Charter Committee would be to focus parliamentary deliberation on whether the legislative objective is warranted, given the seriousness of the rights infringement and the importance of the policy objective and, if so, whether the legislative objective(s) is being pursued in a manner that respects rights as much as is reasonably and practically possible.” Nos parece que o sistema parlamentar brasileiro já possui todas essas características demandadas por Hiebert para a decisão legislativa arrazoada e responsiva. Talvez meios e normas não bastem e seja necessária também a cultura política...

insistir en el examen de las “razones” de las normas, tropieza entonces con las mismas dificultades que embargaban al originalismo o a la lectura moral; pues los legisladores suelen concurrir en un resultado particular sin necesidad de ponerse de acuerdo en las razones generales que justifican ese resultado [...] Ahora bien, la teoría deliberativa muestra caminos interesantes para atenuar estas dificultades. En primer lugar, en ocasiones es posible identificar una “postura oficial” de la mayoría legislativa o del partido que aprobó la ley. [...]

Essa maioria legislativa, no caso brasileiro, apresenta-se no momento em que a proposição é aprovada e que um determinado parecer é sustentado favoravelmente à sua adequação constitucional. Esse é o parecer da CCJC, então ele é a melhor, ainda que não a única, fonte de argumentos do parlamento sobre a constitucionalidade do que é aprovado.

Além dos pareceres das CCJCs, há um segundo *locus* em que podemos encontrar argumentos favoráveis à constitucionalidade das leis e Emendas votadas. Trata-se dos ofícios de fornecimento de informações³⁵² que são prestadas ao Supremo Tribunal Federal por ocasião do início do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns). Prevê o Art. 6º da Lei Federal nº 9.868/99 que, recebida a ADIn, pelo STF:

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

O Regimento Interno do STF também tem previsão semelhante, acrescido, porém, de um questionável (e possivelmente ilegal, posto que anterior à Lei nº 9.868/99) § 2º que prevê hipótese, não deferida pela lei, de dispensa dos pedidos de informações:

Art. 170. O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembleia Legislativa, se for o caso.

[...]

§ 2º As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas,

³⁵² É possível argumentar que tais ofícios configurariam hipótese de diálogo simultâneo, posto que trata-se de argumentos fornecidos pelo legislativo especificamente para subsidiar a decisão do judiciário, ou seja, são aportes de “voz” do parlamento lançados diretamente no processo decisório da corte já em curso.

em caso de urgência, pelo Relator, *ad referendum* do Tribunal.³⁵³

Já quanto às ADCs, que têm a disciplina na mesma lei, não há a mesma previsão de pedidos de informação e, de fato, o STF não as vem solicitando ao Congresso nos poucos ³⁵⁴ processos de ação declaratória de constitucionalidade já tentados.³⁵⁵ Nas ADIns, por outro lado, certamente haverá consistentes argumentos produzidos nestes ofícios de informação, posto que elaboradas pela presidência da Câmara e do Senado. O prejuízo para a pesquisa, contudo, é o fato de que os arrazoados ali entabulados conservam muito mais a posição do presidente de cada Casa (e mesmo da sua consultoria jurídica) do que dos próprios parlamentares. Ainda assim, é cabível debruçar-se sobre os argumentos propostos nas prestações de informação ao STF, pois o presidente, bem ou mal, é o representante institucional do colegiado e responde a seus pares por suas manifestações.

Não nos parece plausível averiguar os diálogos nos casos das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e mandados de injunção (MI), arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e recusos extraordinários (RE). No caso das ADOs e MIs, porque buscam exatamente suprir lacuna legislativa e, não tendo agido o parlamento, não há muitos argumentos sindicáveis sobre o tema. As ADPFs versam, sobretudo, sobre problemas de constitucionalidade de leis anteriores à Constituição Federal de 1988 e legislação municipal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014:1269), logo, a pesquisa sobre elas é inadequada, pois não é de se relevar argumentações parlamentares para aprovação de atos normativos sob a égide de cartas anteriores (sobretudo as outorgadas), tampouco estamos a discutir

³⁵³ Ainda que atualmente seja francamente ilegal (pois a Lei Federal nº 9.868/99 é categórica em dizer que “O relator pedirá informações”), a dispensa é praticada em certos casos pelo ministro relator. Isso seria aceitável antes da promulgação da mencionada lei das ADIns, em 1999, pois então só o que havia era o Regimento Interno do STF. Ainda assim, era um expediente de tom grave, a exigir, inclusive, a chancela do plenário. Veja-se o início do voto do ministro Célio Borja, como relator, na ADIn 513: “O SR. MINISTRO CÉLIO BORJA (RELATOR): - Submeto à apreciação do Tribunal a dispensa da prestação de informações que, a requerimento do Advogado-Geral da União, concedi AD REFERENDUM do Plenário. [...]”

³⁵⁴ São 38 ADCs propostas desde sua previsão na Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 3/93, até o dia 23/09/2015.

³⁵⁵ Vide, por exemplo, a ADC nº 31, relator ministro Dias Toffoli, em que ele expressamente despachou à AGU e à PGR afirmando “[...] desnecessária a prestação de informações adicionais [...]”.

diálogos entre câmaras de vereadores e o STF para analisar os argumentos pela constitucionalidade de leis municipais.

Quanto aos REs, há consideráveis razões para não abarcá-los: apenas uma das hipóteses – e certamente não a mais numerosa em interposições de recursos extraordinários – previstas na Constituição Federal seria de interesse aqui, qual seja, a da alínea “b” do inc. III do Art. 102 da CF/1988 (cabe ao STF *“III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;”*). Isto significa que seria necessário levantar, na miríade de REs em tramitação no STF, quais os casos em que o debate é sobre a constitucionalidade de lei federal, tarefa inviável no âmbito desta pesquisa. Não bastasse, ainda que fosse possível realizar o levantamento (e analisar os milhares de arrazoados individuais), diminuta seria a consequência para o propósito de pesquisar de diálogos constitucionais, seja porque em REs as casas do Congresso Nacional não são instadas a fornecer ofícios com informação sobre a defesa da constitucionalidade da lei, seja porque tais recursos geram pouca repercussão na opinião pública³⁵⁶ e, conseqüentemente, tem rarefeitas chances de ensejar alguma resposta parlamentar em caso de declaração de inconstitucionalidade.

Além disso, os recursos extraordinários serão, aí sim, a fonte principal de argumentos do judiciário quando for analisada a postura do legislativo ao decidir pela suspensão ou não da execução de dispositivos declarados inconstitucionais, em controle concreto, pelo STF (no exercício da prerrogativa do Art. 52, X, da CF/88).

Poderia alguém lembrar dos mandados de segurança que os deputados e senadores utilizam muitas vezes como forma de garantir, junto ao STF, seu direito público subjetivo ao devido processo legislativo.³⁵⁷ Aqui se trata de

³⁵⁶ Claro que há casos em que mesmo Recursos Extraordinários têm atraído olhares de grandes parcelas da população, notadamente após a obrigação da demonstração da “repercussão geral” para a admissibilidade e quando é atribuída a tramitação pelo rito dos “recursos repetitivos”, quando então os efeitos da decisão são largamente semelhantes aos das ADIns. Também nos casos em que o Senado exercita sua prerrogativa de afastar a norma julgada inconstitucional em sede de controle concreto haveria maior repercussão.

³⁵⁷ Como vem afirmando a jurisprudência do STF: MS 23.565; MS 27.931; MS 23.334, todos de relatoria do min. Celso de Mello. O julgamento paradigmático e famoso, ainda que anterior à CF/88, é o do MS 20.257, rel. min. Moreiras Alves. Também de mencionar o MS-QO 24.430,

controle de constitucionalidade repressivo do próprio processo legislativo. A razão principal para não considerar as eventuais trocas argumentativas entre Congresso e STF em tais mandados de segurança é que sequer há – porquanto se trate de deliberação inconclusa no parlamento – decisão final, com suas respectivas razões, para ser analisada pelo tribunal. Existe, apenas, um processo legislativo em curso que poderá, ou não, chegar ao fim. Não há, em outras palavras, posição final do parlamento sobre a constitucionalidade (ainda que já tenha havido parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o plenário sempre poderá decidir desaprovar a proposição), logo, não se prestariam muito tais hipóteses de controle a evidenciar a dinâmica dialógica, pelo menos não no seu potencial epistêmico pleno, que só é atingido quando é tomada a decisão final pelo Congresso após o exaurimento da deliberação.

Todos estes argumentos para focar a análise nas ADIns não afastam completamente a possibilidade de que o STF considere os argumentos parlamentares nas demais espécies de ações; contudo, dificultam essa tarefa, mesmo para um ministro-relator bem intencionado. Pesquisará nos debates parlamentares, por exemplo? Talvez falte, no Brasil, mecanismo existente em alguns sistemas em que as normas são inexoravelmente aprovadas conjuntamente com suas justificações. Isso nos daria segurança, pelos menos, para analisar os casos veiculados em recursos extraordinários. Veja-se a posição de Hiebert sobre o caso canadense (2000:6 e11):

Parliament's awareness of its role in constitutional dialogue is indicated by the increased reliance on legislative preambles, often used to state its philosophy and reasoning in relation to the legislation. However, a preamble might be even more valuable if incorporated into body of the legislation where it would serve as a permanent reminder of the concerns and assumptions that animated the legislative decision. Otherwise, preambles risk being forgotten in the day-to-day interpretation of the law.

This use of a legislative preamble is beneficial should the legislation be subject to Charter challenge. It will form an important element in a subsequent dialogue about reasonableness and justification. What is attractive about the use of the legislative preamble is that it makes explicit the

rel. min. Sepúlveda Pertence e o MS 24.576, rel. min. Ellen Gracie. Todos os julgados foram citados por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014:914-915).

concerns and intents animating legislative decisions and leaves less room for courts to ascribe objectives to parliament. This statement of objective and principle represents a more honest and forthright way of attempting to justify a legislative objective than relying on government lawyers to speculate, after the fact, about the reasons behind a legislative decision.

Equally important, from the perspective of dialogue, a preamble is often intended to educate courts about parliament's reasons for preferring an alternative interpretation of the Charter [...].

Judges are placed in a particularly difficult position. Often, relevant data may be lacking to justify a legislative decision. In these circumstances, judges are largely dependent upon assurances of reasonableness or justification that may be made by the government through its Charter litigators. Often Departments of Justice or the Attorney General have consciously sought to construct a public record at the time of consideration of a bill, which can later be relied upon if legislation is challenged. However, this is not an adequate substitute for a transparent parliamentary debate showing how Charter issues were addressed specifically and where the terms and reasons for legislation were debated explicitly within a Charter context.³⁵⁸

Tidas, portanto, como fontes acessíveis dos pontos de vista do Congresso em relação à constitucionalidade das proposições aprovadas, o **primeiro tópico de pesquisa empírica aqui proposto buscará saber se as manifestações de constitucionalidade das CCJCs de ambas as Casas Legislativas e os respectivos ofícios de prestação de informações ao STF, nas ADIns propostas contra tais proposições, têm seus argumentos considerados pelos ministros quando do julgamento destas ações, o que se fará privilegiando processos já ultimados.**³⁵⁹ Neste momento, serão excluídas da análise as ADIns que versarem sobre leis e Emendas

³⁵⁸ Ela também critica a dificuldade de corte e parlamento quando têm de aferir as razões de constitucionalidade consideradas pelo executivo em suas propostas e projetos (*Ibid.*, pág. 11): “A difficulty both courts and parliament incur when assessing the reasonableness of legislation or bills is that beyond cabinet and the departments involved, little is known about what role federal and provincial government lawyers play, the nature of their advice, or its influence on legislative decisions. Consequently, neither courts, nor parliament nor the public have knowledge of the assumptions or considerations about the Charter that have affected political decision making.”

³⁵⁹ Rangel e Bolonha (2013:26), sistematizando diversos critérios pelos quais perceber a supremacia judicial na prática, falam do “critério dialógico” e postulam que ele: “[...] visa observar de modo objetivo se o judiciário recorre aos poderes eleitos, por exemplo, para exercer suas atividades. Da mesma maneira, é necessário observar se houve impacto significativo deste fato sobre a decisão. Portanto, tanto a falta de impacto deste diálogo quanto sua não promoção podem ser reconhecidas como indícios de certo destaque do judiciário em sua atividade.” [Grifo nosso]. Ou seja, quando não há diálogo, há supremacia judicial.

Constitucionais que o Congresso Nacional tenha aprovado com vistas a, explicitamente, superar a jurisprudência do próprio STF, pois serão escrutinadas em Seção específica.

Aqui uma observação enfática: nos propomos, neste trabalho, a analisar a totalidade das ações diretas de inconstitucionalidade intentadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 que tiveram como meta a impugnação de leis federais e Emendas à CF/88. Ao não selecionar determinados casos por critérios, às vezes, pouco claros ou dúbios,³⁶⁰ cremos estar reduzindo ao mínimo o perigo de um enviesamento da pesquisa.³⁶¹ O trabalho empírico será maior, mas as conclusões também serão bastante mais esclarecedoras da real dinâmica entre o STF e o Congresso Nacional no que tange à interpretação constitucional.

Ainda que não venhamos a tomar os julgamentos de recursos extraordinários em conta ao analisar a postura do STF, consideraremos como possivelmente dialógica, como fazem alguns estudiosos brasileiros³⁶², a atuação do Senado suspendendo a execução de lei considerada inconstitucional, em controle concreto, pelo STF (Art. 52, X, da CF/88). Mesmo que a mera existência desta como uma faculdade da Câmara Alta esteja em questionamento pelo STF (ver HC 82.959 e Reclamação 4335)³⁶³, partindo-se do princípio de que permanece hígida a discricionariedade do Senado para declarar a suspensão, se trata de hipótese real de troca de razões entre os poderes, pelo menos na direção STF-Senado. Os representantes dos Estados podem não concordar com a decisão do STF e negar-se a suspender a lei declarada inconstitucional; ou podem concordar, e fazê-lo.³⁶⁴ O regramento do

³⁶⁰ Forjamos uma crença forte, aliás, a partir da análise de dezenas de trabalhos acadêmicos brasileiros na área jurídica, de que a escolha de casos é, em regra, arbitrária e destinada, desde seu nascedouro, a provar a tese defendida – ao invés de buscar conhecer e apresentar uma realidade tal qual ela é. Talvez seja apenas uma impressão, mas é notável a falta de cuidado com o esclarecimento de métodos na maioria dos escritos nacionais.

³⁶¹ King, Keohane e Verba (1994:128-135).

³⁶² Por exemplo, Ramos e Pinheiro (2015:18).

³⁶³ Há suposição, na voz do ministro Gilmar Mendes, de ter havido uma mutação no dispositivo do inc. X do Art. 52 da Constituição, em direção à abstrativização do controle difuso, no que foi acompanhado pelo então ministro Eros Grau.

³⁶⁴ No entanto, sabe-se que, atualmente, essa atitude pouca importância terá em termos jurisprudenciais, pois os magistrados de níveis inferiores orientar-se-ão de toda forma pelo que disse o STF (inclusive por causa do possível processamento do RE em regime de recursos repetitivos), isso salvo raras e corajosas exceções. É provavelmente por isso que membros do

Regimento Interno do Senado é rico em possibilidades de consideração de argumentos neste caso, veja-se:

Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante:

I - comunicação do Presidente do Tribunal;

II - representação do Procurador-Geral da República;

III - projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

Como se nota, a instrução do processo deliberativo com cópia do acórdão do STF, do parecer do PGR e, inclusive, da **versão do registro taquigráfico do julgamento** é uma clara disposição regimental de considerar a fundo as razões que levaram o tribunal a decidir³⁶⁵. Portanto, **um segundo objeto de pesquisa será o conjunto de ofícios recebidos pelo Senado Federal desde a promulgação da CF/88, remetidos pelo STF, comunicando a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concreto, buscando saber se houve efetivamente a consideração dos argumentos dos magistrados quando dos debates e deliberações parlamentares.**

E, tendo buscado perceber a dinâmica de análise que é empreendida, em cada poder, sobre as razões do outro no tocante à interpretação constitucional, se-nos-pareceu de valia completar a verificação empírica com

STF cogitam de mutação constitucional. Há, também, a dar efeitos mais largos a essa declaração incidental o Art. 101 do Regimento Interno do STF, pelo qual “[a] declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.”

³⁶⁵ No Regimento Interno do STF consta o seguinte Art. 178: “Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do **art. 42, VII2***, da Constituição. *Atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X.”

uma espécie de caso não muito comum no contexto brasileiro: as Emendas Constitucionais de *override* e as leis *in your face*³⁶⁶. Estas são uma forma de comportamento parlamentar no qual, por meio de espécies legislativas usuais (Emendas à Constituição e leis ordinárias), o Congresso Nacional visa a reverter entendimentos consolidados em julgados do Supremo Tribunal Federal quando interpretando a Constituição. Como reflete Tushnet (1999:IX-Prefácio):

Legislators and voters routinely face policy questions that also raise constitutional issues: Should they vote for a proposal that the Supreme Court might hold unconstitutional? What if the Court has already held a similar proposal unconstitutional? Less often, they have to consider whether to defy a Supreme Court ruling directly. How should we think about these questions? What implications does the Constitution have outside the courts?

Nestas circunstâncias, ou o legislativo promove uma Emenda Constitucional mudando o próprio parâmetro de controle (Emenda de *override*) – e, neste caso, só resta ao STF declarar a inconstitucionalidade do novo texto da Carta Política –, ou promulga uma lei que visa a contestar a forma como o tribunal interpretou a Constituição (lei *in your face*), reafirmando uma sua posição anterior. Em ambos os casos, é como se o Congresso “reabrisse a discussão” sobre o tema, dando argumentos para isso no processo legislativo e permitindo que o STF os avalie quando de eventual nova ação direta de inconstitucionalidade. A Emenda de *override* e a reedição de lei julgada inconstitucional são possíveis no sistema brasileiro³⁶⁷ e inclusive já foram

³⁶⁶ Para uma caracterização das leis *in your face*, ver Dixon (2009) e Roach (2004).

³⁶⁷ Veja-se que o § 2º do Art. 102 da CF/1988 (“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”) não impõe qualquer efeito vinculante da decisão de controle abstrato ao poder legislativo. O entendimento ficou firmado no julgamento da ADIn 2797, pelo STF, relator ministro Sepúlveda Pertence. Também foi isso manifestado no acórdão da ADIn 5105, relator ministro Luiz Fux: “[...] os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo, a teor do art. 102, § 2º, e art. 103-A, de modo que é perfeitamente possível a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias acerca do assunto objeto do pronunciamento judicial. [...]” (pág. 11). Não é demais lembrar que a incorporação de eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às ADIns é obra da Lei Federal nº 9868/99 e, posteriormente, de consolidação com a Emenda Constitucional nº 45/04, ou seja, não é regramento do texto original e nem uma cláusula pétreia.

utilizadas em diversas circunstâncias, como demonstraremos quando da análise dos casos concretos.

Há quem sustente, como o ministro Luiz Fux (ADIn 5105) que “[...] a *novel legislação que ‘frontalmente’ colida com a jurisprudência (leis ‘in your face’)* se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte. [...]”. Como afirma Dixon (2009:5), quanto ao caso canadense:

The most important test of dialogue in new dialogue theory will be whether the SCC [Supreme Court] or lower courts are willing in second look cases to actually defer to legislative sequels evidencing interpretive disagreement with the courts. On this measure, there has already been a high rate of dialogic success. Another important test will be whether legislative sequels of this kind enjoy meaningful *de facto* success. On this criterion, there have been an even greater number of instances of dialogic success.

Estas hipóteses de “superação legislativa de jurisprudência” – para usar um outro termo em voga – gerarão, se forem novamente julgadas pelo STF, os chamados *second look cases*, em que o tribunal torna a apreciar o mesmo assunto, agora diante de reafirmação, pelo parlamento, de um ponto de vista que fora invalidado por uma decisão judicial anterior. Há autores (e mesmo magistrados), como visto, que, consideram que estes casos de novo escrutínio da corte deveriam angariar um olhar ainda mais atento dos magistrados aos argumentos parlamentares (ainda que, em extremos opostos, uns creiam que este novo olhar deveria ser mais deferente³⁶⁸ e, outros, que teria de ser mais rigoroso³⁶⁹), uma vez que a repetição de uma declaração de inconstitucionalidade no mesmo assunto seria, também, um gesto explícito de força contra a posição dos representantes eleitos.

Assim, o último tópico da análise empírica que empreenderemos buscará saber se as posições manifestadas pelo Congresso Nacional em Emendas de *override* e leis *in your face* geraram no Supremo Tribunal

³⁶⁸ É como pensa Dixon (2009:13) em sua teoria do diálogo constitucional: “[...] in *second look cases* [...], the SCC should show some degree of **deference** [...] to the measures adopted by legislators. It also requires that, in order reconcile a showing of *ex post* deference with the less deferential approach taken in an earlier case, the SCC should be willing either to overrule that earlier case or to engaging in a form of narrow restatement (or narrow statement *ex post*).

³⁶⁹ Como sustenta o ministro Fux.

Federal um nível de consideração dos argumentos parlamentares de interpretação constitucional diverso daquele observado em geral (nos demais casos, em que o tema fora tratado apenas uma vez pelo legislativo). Isso se fará, uma vez mais, olhando para as razões lançadas pelos legisladores nas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e nos ofícios enviados com informações no bojo dos processos de ADIns, verificando, após, se houve consideração a eles por parte dos ministros julgadores.

A reflexão empreendida acima tem considerável potencial explicativo caso se constate, empiricamente, que o Supremo desconsidera as opiniões do Congresso: ele certamente o fará por ter convicção de que não necessita ter qualquer grau de deferência às opiniões dos legisladores, afinal, institucionalmente, a palavra final é sua. Isso objetaria a afirmação de que “[...] *os mecanismos de reação a decisões da Suprema Corte atuam como limites institucionais à sua jurisprudência, que a influenciam tanto quanto a ideologia dos juízes e o Direito*” (BRANDÃO, 2012:258), pois concluiríamos que estas ações do Congresso não funcionam como contrangimentos ao STF. Se, por outro lado, percebermos que funcionam e que obrigam os ministros a argumentar com as opiniões manifestadas pelos legisladores – pelo menos nestes casos extremos (*second look cases*) em que estes últimos expressam tenazmente sua objeção quanto à interpretação constitucional do tribunal – então aqui haverá algum sinal de diálogo efetivo (e concomitantemente das duas vertentes de diálogos cogitadas, formais e materiais: formais porque o desafio do Congresso seria eficaz para mitigar a última palavra da corte; materiais porque o mecanismo de constrangimento seria deliberativo).

3.1 Focos de pesquisa que não serão explorados

O trabalho de devassa bibliográfica empreendido para a elaboração desta tese, além de ter permitido delimitar as discussões teóricas e balizar os objetos empíricos a serem abordados, possibilitou ver que há focos de análise com considerável valor heurístico que, a despeito de extrapolarem a temática aqui agasalhada, se anunciam como promissores campos de pesquisas

conexas, proficuamente empreendíveis no futuro. Entendemos por bem arrolar brevemente tais focos nas linhas abaixo, uma vez que ilustram os horizontes que se abrem, restando também esclarecido o porquê de não terem feito parte da pesquisa empírica aqui desenvolvida – por mais afinidades que tivessem com ela.

Percebemos, inicialmente, que Waldron (2004:25), em trabalho específico sobre diálogos constitucionais, propõe alguns tipos-ideais de sistemas dialógicos – bem ao sabor weberiano. Um deles, do diálogo paralelo (parallel dialogue), deve ser aqui noticiado e poderia, se levado ao extremo, mesmo afastar qualquer proposição normativa a favor dos diálogos constitucionais.³⁷⁰ A ideia de fundo assevera que não se pode esperar posições institucionais monolíticas ou unívocas, seja do parlamento, seja do judiciário, quando estivermos tratando de interpretação de princípios constitucionais. Ao contrário, o que deverá haver sempre são pelo menos duas – senão mais – formas de enxergar a materialização correta e aceitável da exegese de um tema no seio de cada instituição.

Assim, haveria em debate dentro do parlamento basicamente os mesmos pontos de vista que, depois, serão novamente (com mais rebuscamento e tecnicismos) sustentados pelos magistrados da corte ao resolver o mesmo tema.³⁷¹ Logo, em muitos dos casos o judiciário estará decidindo, por maioria, nos mesmos termos de mérito (dificilmente juízes trarão novos desfechos possíveis que já não tenham sido refletidos – e/ou descartados - pelos representantes do povo) em que já terão votado as

³⁷⁰ Isso porque não haveria necessidade de diálogos com vistas a melhorar o produto final decisório caso a “matéria prima” (profundidade da argumentação) fosse a mesma em ambas as instituições.

³⁷¹ É curioso comparar a lógica de deliberação dos poderes legislativo e judiciário: além dos dois decidirem por maioria (como critica Waldron, visto no Capítulo 1), ambos produzem debates com as mais diversas posições e votam somente a “decisão” propriamente dita (é assim em sistema de deliberação externa, como mencionado acima), que para um é a lei, para outro o dispositivo do acórdão. Não é estranho, então, que haja votos de ministros do STF discrepantes, contraditórios e até paradoxais se tentarmos compreendê-los coerentemente. Pelos mesmos motivos que não devemos fazê-lo no legislativo, onde é evidente que não há compatibilidade de argumentos nem mesmo entre aqueles que votam favoravelmente a determinado texto, também não devemos querer encontrar essa linearidade no procedimento decisório de uma corte (a menos que ela adote o sistema de deliberação interna). Então, por que supor uma força de precedente vinculante, como fazem adeptos da supremacia judicial, aos “motivos determinantes” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014:995) se sequer existe, monoliticamente, uma tal coisa como “motivos determinantes”? É um voluntarismo ainda pior do que remontar ao “método histórico” ou a originalismos quietais de hermenêutica jurídica.

minorias (se estiver julgando inconstitucional a suposta lei) ou as majorias (se a estiver convalidando) parlamentares. Bem como diz Waldron (2004:29):

[...] the **Parallel Dialogues model is really not a model of inter-branch dialogue at all**. But still it is worth considering. **It suggests that inter-branch dialogue is redundant**, for the positions that would be opposed to one another in that dialogue have already confronted one another in the legislature (and are likely also to have already confronted one another on the bench). At worst, it would be counterproductive; it would either encourage legislators to adopt the low standards of debate that we find in the courts, or — perhaps more likely— it would encourage the legislators to abandon debates of this kind altogether, figuring that since the judges are going to have the final say, the court is where the final debate should be conducted. [Grifos nossos].

Será que isso é verdade no Brasil?³⁷² Será que o STF costuma usar argumentos favoráveis semelhantes aos de parcelas do parlamento quando decide? Será, portanto, que o Supremo não inova tanto assim no tipo de argumentos utilizados? E, se não inovar e não aprofundar questões de princípio (o que faria por sua suposta maior capacidade institucional), perderia ele, portanto, uma das razões legitimadoras de sua atuação não representativa no bojo de nossa democracia?³⁷³ Seria desejável um diálogo entre poderes para apenas reproduzir um debate que já existe no seio de cada um deles? Estas são questões bastante pertinentes, e demandariam, para a resposta, que

³⁷² Se os argumentos são semelhantes, é algo a pesquisar. Mas a gramática, provavelmente, o seja: “[...] a noção comunitarista de que a argumentação jurídica é um caso especial da discursividade prática geral, fundindo os discursos jurisdicionais e legislativos numa espécie única, aniquilou definitivamente a perspectiva clássica de divisão dos poderes, vez que não haveria distinção qualitativa na forma de argumentação condizente com provimentos legislativos e judiciários. Logo, as Cortes Constitucionais assumem um caráter incondicionalmente político na condução de suas práticas hermenêuticas, especialmente no controle de constitucionalidade.” (CRUZ, 2009:11).

³⁷³ Por certo que uma das consequências da não inovação de argumentos seria a frustração da ideia suposta por Bateup, consubstanciada nas teorias da paceria, de que há papéis diferentes, em função das características e peculiaridades institucionais, a ser desempenhados por legislativo e judiciário na interpretação de direitos. A autora sustenta que “[i]n relation to the institutional aspects of constitutional dialogue, we need to consider in further detail the range of institutionally **distinct contributions** that the judicial and legislative branches bring to the dialogue. Once this is done, we should also consider ways in which these diferente contributions can best be harnessed in order to facilitate a greater degree of institutional dialogue as partnership. In this regard and drawing on Hiebert’s description, we can propose a broader range of institutionally distinct contributions that the judicial and legislative branches are able to bring to the process of constitutional dialogue.” (Bateup. 2006:1176). Caso as argumentações de cada poder não sejam realmente “distintas”, então pouca sustentação normativa pareceria restar aos diálogos em sentido material.

fosse realizada uma comparação de argumentos empreendidos no âmago de cada poder ao decidir sobre a constitucionalidade de um mesmo ato normativo.

E se a hipótese de Waldron estiver correta e o padrão argumentativo adotado for basicamente redundante entre legisladores do Congresso e juízes do Supremo Tribunal Federal? Não haverá, neste caso, qualquer fronteira aos desiderados decisórios dos magistrados? Há quem pense que, ainda assim, haveria limites.³⁷⁴ As teorias neoinstitucionalistas postulam que haja constrangimentos diversos (limites institucionais) à atuação decisória da corte³⁷⁵: (1) regras jurídicas, (2) ideologia dos juízes, (3) comportamento estratégico dos juízes em relação às preferências (conhecidas ou supostas) dos demais poderes, (4) grupos de pressão e (5) opinião pública.³⁷⁶ Mas algum destes constrangimentos teria o condão de legitimar democraticamente as decisões do tribunal?

As (1) regras jurídicas, por mais abstratas que sejam quando expressas como princípios abertos, ainda assim conformam um limite semântico à

³⁷⁴ “[...] Rather than spinning normative theories to constrain judges, we should see that the constraint is internal. Judges are constrained by the political system that surrounds them. When judges stray too far from the mark, pressures build - in judicial appointments and in political rhetoric - to bring them back into line. [...] The constraint is inherent in the judicial process rather than external to it. The people will follow judicial decrees so long as the judges seem right. When the judges no longer appear to be correct, the people will press for judicial change. Intuitively, at least, the judges know this.” (FRIEDMAN, 1993:679-680).

³⁷⁵ Miller (2004:54-55), *apud* Brandão (2012:227). Friedman (2005:263) trata do mesmo tema com a alegoria dos “círculos concêntricos de influência e limitação”, nos quais figuram como constrangimentos à atuação judicial os demais membros da corte, os demais juízes das outras cortes, os demais poderes e a opinião pública. Mendes (2008:182 e ss.) também trata da ausência empírica de independência judicial e dos tipos de constrangimentos externos que os magistrados percebem ao julgar. Ele considera que as cortes, como os demais poderes, estão permanentemente testando e buscando ampliar seus espaços de poder, tarefa em que o êxito é diretamente proporcional à legitimidade que auferem. Noto considerável afinidade dessas premissas com as da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann. Em outro trabalho, Mendes (2009:224) tem eloquente passagem em que resume o pensamento de Friedman: “Judges are constrained by the political system that surrounds them. To think on the role of judges exclusively from the perspective of rules of interpretation would have created a cognitive myopia. There are several other elements that limit its power. Friedman called them as ‘concentric circles of influence and constraint’ [...] Different incentives convey each of these limits. Institutional credibility, reputation and risk of disobedience are the main ones. They correspond to the constraints that judges necessarily face, and that theories of interpretation often ignore. Friedman articulates a kind of positive theory that seeks to understand what effectively motivate judges, what they try to maximize. He notices that, apart from law itself and from personal values and ideologies, the political elements listed above also delimit the range of possible judicial directions. Unlike normative theories tend to assume, judges have much smaller spheres of autonomy. Hercules would be the epitome of a normative theory detached from reality. [...]”

³⁷⁶ Estes contrangimentos, *mutatis mutandis*, se aplicam aos demais poderes também.

interpretação. Logo, é possível aos juízes fazer caber muita coisa na amplitude de sentidos de uma norma constitucional, mas não qualquer coisa. Aquilo que esbarre frontalmente com o que a norma prevê, será evitado (via de regra) pelos magistrados. Este é o campo fértil dos estudos da hermenêutica, alheio aos nossos propósitos aqui delineados. Basta ver, contudo, que regras jurídicas expressas na tessitura de princípios, quando podem assumir dois ou mais sentidos, perdem a capacidade legitimadora que os positivistas viam na função judicial, porque é inegável que, ao interpretá-las, os magistrados estarão criando efetivamente o direito e não só fazendo valer a vontade do legislador. Não quer dizer que, na prática, não o façam.

A (2) ideologia dos juízes é parâmetro muito importante a prever os resultados das decisões judiciais. O chamado modelo atitudinal foi encampado pela ciência política para descrever e mesmo prever a orientação decisória dos magistrados em função das suas conhecidas inclinações político-morais. A suma da concepção atitudinal é de que um juiz vota desta ou daquela forma em função, sobretudo, de sua ideologia, podendo haver tão maior convicção deste resultado quanto maior for a abstração do texto que estiver a ser interpretado.³⁷⁷ Não cabe aqui grandes desdobramentos desta tese, mas a simples constatação de que é inegável – basicamente um lugar comum –, hoje em dia, que a inclinação ideológica arraigada de cada juiz é um balizador forte de suas decisões futuras.³⁷⁸⁻³⁷⁹ Não obstante, não nos dedicaremos neste

³⁷⁷ SPAETH; SEGAL (1993).

³⁷⁸ Parece pertinente perceber que a importância da ideologia pode ser tamanha que os juízes prefiram-na a qualquer outro elemento, inclusive suas posturas anteriores e manifestações “científicas” sobre a melhor forma de agir do STF. Veja-se o caso de Luiz Fux, que foi contra o alinhamento automático à opinião pública em artigo (<http://www.osconstitucionalistas.com.br/meteoro-da-paixao>, acesso em 02/04/2015) e depois defendeu a deferência ao legislativo no debate sobre a descriminalização das drogas. Ou Gilmar Mendes, que é senhor de inúmeros gestos de ativismo (criação da categoria legislativa da “norma supralegal”, por exemplo) e, quando se tratou de julgar o financiamento empresarial de campanhas eleitorais disse que a decisão deveria ser do Congresso. É evidente que, em ambos os casos, os ministros preferiam a decisão do parlamento por saber que lá suas opiniões ideológicas seriam melhor agasalhadas do que na corte – e tinham razão, pois o STF realmente decidiu contra as suas opiniões pessoais (o julgamento sobre a descriminalização pende de trânsito em julgado, mas se inclina a descontentar o ministro Fux). Essa explicação para atitude, além de realçar a importância da ideologia, ainda denota a manifestação de um comportamento estratégico (que será explicado logo em seguida), pois eles preferiram dizer que não tinham poder para decidir para tentar alcançar o mérito de seus objetivos (“decisão ótima”). Parecem não ter conseguido, contudo. “[...] *por lo demás (la existencia de criterios interpretativos que nos permiten alcanzar una solución o la contraria, sin que los decidores puedan ser institucionalmente reprochados por ello), abre una posibilidad (demasiado cercana),*

trabalho a tentar esmiuçar as posições ideológicas de cada ministro e ministra do STF, pois, ademais de serem bastante conhecidas,³⁸⁰ seria empreendimento que refugiria do grande tema dos diálogos constitucionais. É suficiente considerar que a única hipótese em que a ideologia – uma vez assumida como fator de peso na decisão – poderia sustentar a legitimidade democrática das decisões do tribunal seria o argumento de que os magistrados são indicados por processos políticos, escolhas nada ingênuas do presidente da República e dos parlamentares que os acatam. Logo, as tendências decisórias dos juízes estariam perfiladas às da população, uma vez que foram os representantes do povo que escolheram os utilizadores das togas. São dois, aqui, os problemas: no Brasil, as sabinas do Senado pouco ou nada aferem quanto à ideologia do pleiteante a ministro (além de não haver rejeição do indicado desde o governo Floriano Peixoto, no séc. XIX³⁸¹), pois as sessões são meramente protocolares e costumam amalgamar numa mesma opinião parlamentares que, ideologicamente, jamais se abraçariam.³⁸² Ou seja, a

cual es la de que los decidores definan de antemano cuál es la solución jurídica que prefieren, o que mejor se ajusta con sus pre-juicios o convicciones ideológicas o intereses, y luego 'salgan a la búsqueda' de la doctrina interpretativa que les permita decir lo que ya sabían de antemano que querían decir. [...] (GARGARELLA, 2010:161).

³⁷⁹ Como admite o ministro Luís Roberto Barroso: “[...] Somem-se [...] situações relativamente insólitas, outras mais comuns, que envolvem colisões de direitos ou de normas constitucionais: livre iniciativa versus proteção do consumidor (é legítimo o controle de preços dos planos de saúde?); liberdade de expressão versus direito de privacidade (é legítimo alguém pretender apagar de um site de busca um fato desabonador ocorrido no passado?); desenvolvimento nacional versus proteção do meio ambiente (é legítima a construção de uma usina hidrelétrica que produz grande impacto ambiental sobre a flora a fauna e sobre populações ribeirinhas?). Em todas essas situações, a partir de referências normativas vagas e polissêmicas, o juiz tem de construir argumentativamente a solução do problema. **Seria ingênuo e insincero procurar escamotear a influência da subjetividade pessoal do intérprete na formulação dessas soluções.**” (Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015). [Grifo nosso]

³⁸⁰ Por exemplo: “Plataforma e ministro tucano do STF”, de 23/09/2015, Juremir Machado da Silva, disponível em <http://www.correiopovo.com.br/blogs/juremirmachado/>, acesso em 23/09/2015.

³⁸¹ Ver pág. 19 do estudo “Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)” do ministro Celso de Mello, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf, acesso em 07/10/2015.

³⁸² “No Brasil, nem a opinião pública nem os senadores têm valorizado essa relevante ocasião da vida nacional [a sabinina para o STF]. A regra é de que o tema não seja adequadamente debatido na esfera pública, e de que os senadores, na sabinina, se limitem a indagações superficiais ou a discursos protocolares e laudatórios. O indicado não é questionado sobre os importantes temas que o Supremo examinará no futuro, nem sobre sua concepção de qual seja o papel do Tribunal. [...] A imprensa não demonstra grande interesse pelo assunto, e nem

inclinação ideológica do futuro ministro (que existe inexoravelmente) fica no subterrâneo e não adere, sequer, à maioria parlamentar do momento (talvez, no máximo, à inclinação do presidente da República). Um segundo problema é que não se sabe quanto tempo o ministro permanecerá no cargo, poderá ser por décadas. Nisso, os festejados isolamento e independência judiciais são a outra face da ausência de *accountability*, ou seja, de um mínimo de responsividade obrigatória dos magistrados à opinião pública.³⁸³ Por tudo isso, se é certo que ideologia importa e baliza as decisões do tribunal, ela não serve para legitimá-las.

O (3) comportamento estratégico relaciona-se à existência ou não de constrangimentos reais (institucionais ou culturais) em relação ao tema que venha a ser decidido pela corte. Se houver esses constrangimentos num determinado sistema constitucional, o comportamento será mais contido; senão (ou se forem improváveis), será mais ativista. A ideia aqui é que os juízes (como quaisquer atores que hajam estrategicamente) querem chegar a um determinado desfecho em cada “jogo decisório” e buscarão sempre alcançar o ponto mais próximo possível dessa que seria a sua “decisão ótima”. Quaisquer elementos externos, como opiniões de outras instituições, poderão funcionar

mesmo a oposição costuma examinar com rigor a escolha feita pelo presidente. Quando os senadores percebem que o indicado logrará a aprovação do Senado, tendem a também procurar apoiá-lo, preocupados com ações suas que possam ser julgadas no futuro. A sabatina acaba servindo apenas para que cada senador possa render suas homenagens ao futuro ministro.” (excerto do artigo “Opinião pública e a escolha do ministro do STF”, de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, disponível em <http://www.valor.com.br/arquivo/846675/opiniao-publica-e-escolha-do-ministro-do-stf>, acesso em 07/10/2015).

³⁸³ A PEC 457/2005, transformada em Emenda Constitucional nº 88, que ficou conhecida como “PEC da Bengala”, ampliou a idade de aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos aos ministros dos tribunais superiores e membros do Tribunal de Contas da União. Incluiu como contrapartida – como poder-se-ia dizer – um dispositivo, no Art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que condicionava a uma nova sabatina no Senado Federal a permanência no cargo de ministros que fizessem 70 anos de idade. Seria, como fica evidente, um dispositivo de *accountability*, a permitir que o Senado avaliasse a conduta pretérita dos postulantes à continuidade e desse – ou não – seu aval. Ao julgar o pedido de liminar da ADIn 5316, intentada por três associações nacionais de magistrados, o plenário do STF entendeu que a exigência feriria “o núcleo essencial do princípio da separação dos Poderes, constituindo uma interferência política imprópria que colocaria em risco a liberdade e a independência dos magistrados” e decidiu suspender tais efeitos da EC 88 até o julgamento final da ADIn. Como a separação dos poderes é cláusula pétrea, sustenta o tribunal que ela pode ser parâmetro de controle, até mesmo, para emendas constitucionais, como no caso. Como se vê, a parte “boa” da Emenda Constitucional foi acatada de pronto; a parte “ruim”, que deixaria claro que, mesmo os ministros do Supremo, devem prestar contas, foi imediatamente afastada (a EC 88 foi promulgada em 07 de maio de 2015 e a liminar deferida pelo plenário do STF no dia 21 do mesmo mês, em rara demonstração de celeridade).

eventualmente como força contrária, a exigir que os juízes readéquem suas posições para um matiz mais aceitável às opiniões daquelas instituições *que possam efetivamente impor alguma sorte de constrangimento* (pois, do contrário, não haveria porque se afastar da “decisão ótima”).

Na dinâmica legislativo-judiciário, a literatura cita mecanismos de reação às decisões do tribunal por parte do parlamento e eles funcionariam, exatamente, como balizadores do comportamento estratégico dos juízes em relação às preferências dos parlamentares. Tais mecanismos são divididos em ataques institucionais à corte (amplos e genéricos) e formas de reversão das decisões judiciais específicas (FISHER, 1988).

Os **ataques institucionais** são formas que foram efetivamente utilizadas em diversos contextos nacionais (com primazia dos EUA), sendo, assim, casos concretos em que atitudes do congresso serviram para demonstrar à corte que sua atuação não vinha satisfazendo os pontos de vista dos representantes do povo (inclusive os do executivo, como ocorreu no caso do *Court Packing Plan*, mencionado à pág. 140).

Podemos listar, dentre as formas de ataque, o *impeachment* de juízes, o corte orçamentário e o congelamento do salário de juízes, o poder do congresso de limitar a jurisdição de apelação da Suprema Corte (peculiaridade norte-americana), ampliação ou redução do número de juízes para alteração da linha ideológica, implantação de órgão de controle externo³⁸⁴ e o

³⁸⁴ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), oriundo da Emenda Constitucional nº 45/04, foi inicialmente temido por muitos como um órgão de controle externo. Foi validado pelo STF, no julgamento da ADIn 3367, apenas pela exata razão de não ser órgão de controle externo, mas sim interno. Veja-se o que disse o ministro Sepúlveda Pertence em seu voto naquela ação: “[...] *Postas essas premissas, devo reconhecer que a fórmula adotada na Emenda Constitucional 45, de 2004, foi bem mais suave do que a que se temia há alguns anos. Anos em que - costume insistir -, com todas as ressalvas de que a idéia de controle externo se dirigia a fiscalização administrativa, a idéia de sua criação só vinha à tona quando uma decisão judicial, particularmente uma decisão deste Tribunal, desagradava a esta ou aquela corrente política. Tenho em meus guardados - não rasgo papéis, mas também não os encontro - dois artigos exemplares; um, de um caríssimo amigo meu, hoje Presidente Nacional do partido do poder, que entendia reacionária, formalista e elitista determinada decisão do Supremo. E terminava o seu artigo: por essas e outras é inadiável o controle externo do Poder Judiciário. Na mesma semana e na mesma página do grande jornal paulista, um outro homem público, e ilustre - que infelizmente não poderia arrolar entre os meus amigos - considerava outra decisão do Supremo "jurássica", populista, "esquerdóide". E último período, se não era idêntico, substancialmente vinha o mesmo pensamento: por essas e por outras é preciso instituir o controle externo do Poder Judiciário. Repito, a Emenda Constitucional 45 foi bem mais sutil, bem mais suave. Por isso, na criação em si mesma do Conselho Justiça, eu não vejo inconstitucionalidade [...]*”.

descumprimento (ação) ou não implementação (omissão) das decisões da corte³⁸⁵⁻³⁸⁶.

Não é necessário produzir grandes sustentações para provar que, na atual quadra da história brasileira, é bem pouco provável que qualquer destes ataques fosse manejável, quer pelo Congresso, quer pelo poder executivo.³⁸⁷

³⁸⁵ Larry Kramer, epílogo do livro *Judicial Review without Judicial Supremacy*, apud Brandão (2012:193).

³⁸⁶ Há casos isolados de descumprimento de decisões judiciais no Brasil, mas sempre por razões que passam longe de um ataque institucional ao judiciário. Veja-se, por exemplo: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/09/23/acao-antiarrastao-divide-beltrame-e-paes.htm>, acesso em 07/10/2015, que noticia o governador do Rio de Janeiro descumprindo ordem judicial de não revistar pessoas em ônibus em razão da premência de evitar arrastões nas praias cariocas. Tanto não é um ataque que o mandatário telefonou ao presidente do Tribunal de Justiça para se justificar.

³⁸⁷ Existem ameaças públicas, é verdade, como as dos presidentes da Câmara dos Deputados Marco Maia, em 2012, e Eduardo Cunha, em 2015. Maia estava contrariado com a decisão do STF de cassar os deputados condenados na Ação Penal 470, sem a necessidade de pronunciamento da Casa: “[...] Como reação à decisão, o presidente da Câmara lembrou que há em tramitação na Casa uma série de matérias que diminuem as prerrogativas dos ministros do STF. Tem uma lista de projetos que estão tramitando há algum tempo sobre prerrogativas do STF. Não tenha dúvida de que nessa linha [da decisão pela cassação imediata] que as propostas andarão aqui com mais rapidez”, declarou. ‘O ideal é que o STF não se envolvesse tanto e não tentasse limitar as prerrogativas do Parlamento. Essa é uma ingerência, na minha avaliação, indevida e que não dialoga com o bom entendimento entre os Poderes’, completou. Entre as matérias que limitam a atuação do STF, está a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33 de 2011. Ela prevê que certas decisões da Corte sejam validadas pelo Congresso antes de entrar em vigor.” (trecho de reportagem da revista Carta Capital, veiculada em 18/12/2012, disponível em <http://www.cartacapital.com.br/politica/e-uma-ingerencia-indevidadiz-marco-maia-sobre-cassacao-de-mandatos-pelo-stf>, acesso em 05/11/2015). Já Cunha se insurgia contra a possibilidade de que o Supremo invalidasse a votação, na Câmara, da PEC do financiamento privado de campanhas políticas (o STF acabou, em outra ação, declarando inconstitucional o dispositivo legal que permitia o financiamento de empresas às eleições, “derrotando Cunha”): “O presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), tem mandado recado nos últimos dias para o Supremo Tribunal Federal (STF) diante da possibilidade de a ministra Rosa Weber conceder liminar que anula votação na Câmara que aprovou em primeiro turno o financiamento privado de campanha. Um dos recados foi durante cerimônia de entrega da Ordem do Mérito da Defesa, na quarta-feira, 10. Cunha disse ao presidente do STF, Ricardo Lewandowski, que uma decisão contrária à aprovação da emenda aprovada na Câmara pode trazer retaliações ao Judiciário por parte do Legislativo.” (trecho de reportagem do jornal Bem Paraná, veiculado em 12/06/2015, disponível em <https://www.bemparana.com.br/noticia/390659/cunha-ameaca-retaliar-judiciario-se-stf-derrubar-financiamento-privado>, acesso em 05/11/2015). Em ambas as ocasiões, as ameaças não se concretizaram. Há, ainda, ameaças no sentido inverso, ou seja, do judiciário para os demais poderes. O caso mais emblemático é o da Portaria Conjunta nº 3/2015, assinada pelos presidentes do STF, do TSE e dos demais tribunais superiores, publicada no Diário Oficial da União de 30 de novembro de 2015, cujo Art. 2º diz “O contingenciamento imposto à Justiça Eleitoral inviabilizará as eleições de 2016 por meio eletrônico.” Esta Portaria foi uma reação do judiciário a um decreto presidencial de contingenciamento editado até que o Congresso Nacional aprovasse a alteração da meta fiscal do governo em 2015 (permitindo o déficit primário). A leitura é de que se tratou de gesto de força como forma de pressão entre os poderes: “Nos bastidores, a portaria é interpretada como um instrumento de pressão sobre o Executivo para diminuir o corte no Judiciário, diante do desgaste que o fim do voto eletrônico poderia trazer ao governo Dilma. A portaria, que não é uma prática usual, começou a ser costurada na semana passada quando o presidente do STF (Supremo Tribunal Federal),

Não haveria sustentação popular para isso, tampouco o próprio STF quedaria silente, abstendo-se de atuar com sua supremacia para invalidar qualquer gesto neste sentido. Há, de fato, casos recentes em que a Presidência da República não incluiu na lei orçamentária o montante de receitas requeridas pelo judiciário, mas tal atitude em nada representou sanção ou ataque, mas tão somente resguardo do executivo quanto à sustentabilidade do orçamento público – aliás, desejável.³⁸⁸ Logo, ataques institucionais não parecem ser mecanismos de constrangimento real ao judiciário no Brasil de hoje.³⁸⁹

Como **formas de reversão das decisões judiciais** específicas por parte do Congresso arrolam-se Emendas Constitucionais de *override*, a reedição de lei julgada inconstitucional com vistas a reabrir a apreciação judicial (leis *in your face*, aceitas como gesto válido pela corte canadense) e a

Ricardo Lewandowski, e o presidente do TSE (Tribunal Superior Eleitoral), Dias Toffoli, trataram do tema. A tesourada causou mais um desgaste entre as cúpulas dos Poderes. Lewandowski e Toffoli prometem trabalhar para derrubar o corte no Congresso, restabelecendo a verba para a Justiça Eleitoral.” (trecho da reportagem “Corte de gastos inviabiliza urna eletrônica em 2016, alerta Judiciário”, de 30/11/2015, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1713007-corte-de-gastos-inviabiliza-urna-eletronica-em-2016-alerta-judiciario.shtml>, acesso em 01/12/2015).

³⁸⁸ “STF dá 10 dias para Dilma justificar corte no orçamento do Judiciário. 11/09/2014. A ministra do STF (Supremo Tribunal Federal) Rosa Weber deu nesta quinta-feira (11) um prazo de dez dias para que a presidente Dilma Rousseff justifique o corte feito na proposta de orçamento do Judiciário para 2015. A proposta, enviada pelo Supremo, previa reajuste nos salários de servidores e ministros. Ao tomar posse ontem como presidente da Corte, o ministro Ricardo Lewandowski defendeu o aumento salarial para devolver a “autoestima” aos magistrados. No final do mês passado, o STF aprovou, em sessão administrativa, uma proposta de aumento dos próprios salários, que iriam de R\$ 29,4 mil para R\$ 35,9 mil. No entanto, o Planalto vetou o aumento e enviou ao Congresso um Orçamento que prevê salário de R\$ 30,9 mil para os ministros do STF, que são o teto do Judiciário. O reajuste proposto pela presidente deve entrar em vigor a partir de janeiro e terá efeito cascata sobre os salários de todos os servidores do Judiciário, que também receberão aumento. A Procuradoria-Geral da República, então, entrou com um mandado de segurança pedindo ao STF que obrigue o Executivo a incluir no Orçamento as propostas aprovadas tanto pelo Supremo quanto pelo Ministério Público Federal. Para o procurador-geral, Rodrigo Janot, eventual corte nas propostas de Orçamento do Judiciário só poderia ser feito pelo Legislativo. Na sua decisão, a ministra Rosa Weber, que é a relatora do mandado de segurança, escreveu que, somente a partir das explicações do Executivo, é que tomará alguma decisão. Ela pode tanto decidir sozinha em caráter liminar (provisório) ou levar ao plenário do Supremo para ser analisado pelos demais pares.” (<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/09/11/stf-da-10-dias-para-dilma-justificar-corte-no-orcamento.htm>, acesso em 18/09/2015)

³⁸⁹ Na Seção 1.2, do Capítulo 1, são mencionados diversos casos em que houve disputas de poder entre o legislativo e o judiciário; já, na Seção 1.3 do mesmo Capítulo, arrolamos situações que flertam com a ideia de ataque institucional do Congresso Nacional contra o STF, buscando de formas variadas diminuir seu poder em relação à adjudicação constitucional. Fosse concretizadas, significariam verdadeiro ataque à corte, mas, num juízo certamente muito subjetivo, ousamos prever que não haveria maioria parlamentar para ultimar nenhuma daquelas medidas (ainda que algumas sejam, no mérito, bastante interessantes).

notwithstanding clause canadense (que pode ser utilizada *a posteriori* à declaração de invalidade da lei).

Do que segue-se que, se ataques institucionais ao STF não provocam qualquer considerável efeito no comportamento estratégico dos juízes no Brasil (pois, como são improváveis, não geram receio e não servem de comunicação das preferências dos demais poderes), o mesmo não se poderia, *prima facie*, dizer das formas de reversão das decisões judiciais por meio das Emendas de *override* e da insistência de promulgação de leis já invalidadas, já que elas são consistentes manifestações de contrariedade dos parlamentares acerca de decisões específicas do STF e proclamam quais pontos de vista os legisladores esposam sobre a interpretação da Constituição.³⁹⁰

O problema é que o comportamento estratégico visa, de acordo com as teorias neoinstitucionalistas,³⁹¹ exatamente a ajustar o conteúdo das deliberações de determinado órgão às preferências conhecidas dos demais *players* do jogo interpretativo-decisório. Mas de que adiantaria as posições serem conhecidas (Emendas e leis reiteradas), se não há qualquer receio de que elas pudessem prevalecer? É que, como dito, cada ator de um sistema decisório quer, sempre, chegar o mais próximo possível de seu desiderato

³⁹⁰ É necessário gizar, contudo, que, apesar de as Emendas de *override* serem provavelmente (em sistemas em que não é possível invalidar judicialmente emendas à Constituição) contrangimentos à atuação da corte, elas têm um potencial dialógico, nos termos em que estamos considerando o que seja diálogos, muito baixo. Assim é porque, quando emenda a Constituição, o parlamento está, de certa forma, concordando com o judiciário na manifestação dos juízes de que determinada lei era inconstitucional. O que os parlamentares fazem, então, é apenas – e justamente – alterar o parâmetro de controle – que é o texto da carta política. Assim, não há como querer-se diálogo (no conceito deliberativo que estamos a utilizar) se o que houve, de fato, foi concordância quanto à inconstitucionalidade original seguida de discordância sobre o resultado final pretendido, esse sim, gerador da emenda. Isso, nos sistemas que rechaçam a invalidação judicial de emendas, acaba com qualquer chance de diálogo (pois a corte nada poderá “dizer” em resposta à emenda); e, em casos com o Brasil, fazem com que o debate sobre a emenda realizada cinja-se ao ferimento ou não dos limites materiais à alteração constitucional, o que (quase) nada traz de diálogo sobre o tema de fundo. Sobre o equívoco de chamar de diálogo a mera subordinação do parlamento à corte, ver MANFREDI e KELLY (1999:521-524): “[...] *Charter dialogue does not characterize the process whereby elected officials simply repeal offending sections or replace entire Acts. Such responses do not represent minor legislative replies, but border on Charter ventriloquism because elected officials are simply expunging sections or whole laws found to be offensive to judicial actors, and thus are simply complying with judicial decisions. This negative approach to legislative sequels undermines the establishment of an equal relationship between judges and legislators, and instead facilitates a hierarchical relationship that limits genuine dialogue. [...] legislative sequels that merely incorporate a judicial interpretation into new law do not challenge the judicial interpretive monopoly.*”

³⁹¹ Ver FISHER (1988) e MILLER (2004).

inicial (BRANDÃO, 2012:253). Ele, portanto, só agirá estrategicamente se, para atingir esse objetivo, for obrigado a incorporar em sua decisão pontos de vista dos demais. Contudo, como em sistemas de supremacia judicial o tribunal tem convicção de que manifesta a última e incorrigível palavra sobre a interpretação da Constituição, então ele parece não precisar dialogar com os argumentos apresentados pelo Congresso. Será isso verdade no caso brasileiro? É questão de grande pertinência.

Até este ponto, os focos de futuras pesquisas mencionados trabalharam com o modelo de democracia deliberativa, supondo o potencial epistêmico da troca de razões entre os poderes legislativo e executivo na dinâmica da interpretação constitucional. A tentativa de enxergar limites à atuação judicial nos grupos de pressão e na opinião pública, por outro lado, se afasta um pouco da ideia da deliberação, porquanto, por exemplo, o fato de o tribunal perfilar-se ao senso da maioria não pressupõe necessariamente qualquer troca dialógica (ainda que não seja algo contraditório em si). Os próximos parágrafos, então, são de temas de uma busca muito mais especulativa e menos epistêmica, que se torna relevante apenas diante da (possível) constatação da pouca responsividade dos magistrados às razões parlamentares (e vice-versa). Aqui a democracia fica mais pobre, apenas reduzida ao majoritarismo.

Se disse que grupos de pressão seriam balizadores das decisões dos tribunais. Um acadêmico mais otimista (ou idealista) poderia conceber que os tais grupos apenas verbalizam a opinião pública, servindo de mecanismo de responsividade da jurisprudência constitucional àquilo que pensa a sociedade. Isto, seguindo o raciocínio da ingenuidade, justificaria a tão festejada³⁹² ocorrência de audiências públicas e *amici curiae* nas ações que tramitam no STF, como formas de, com esse verniz democrático, legitimar as decisões.³⁹³

³⁹² Ver Bueno Filho (2002), Marinho (2007), Valle e Silva (2010). Valle e Ajouz (2010); Leal (2011), Menezes e Silva (2014), Tushnet (2015).

³⁹³ A crítica que tecemos ao fato de o STF abrir-se aos *amici curiae* e às audiências públicas tem duas vertentes: (1) não há nenhuma transparência e muito menos horizontalidade nos critérios utilizados para admissão de *amici curiae*, e menos ainda para determinar quem participará das audiências públicas (aliás, o potencial deliberativo delas é reduzidíssimo, dado que somente o relator da ação costuma comparecer). Isto faz com que haja um enviesamento quanto aos argumentos que serão trazidos, numa lógica em que o próprio tribunal determina que “verdades” têm dignidade suficiente para ser ditas em sua arena. A exclusão de pontos de vista, ainda mais de forma tão escancarada, é atitude que discrepa de qualquer ideal de democracia deliberativa. (2) ao trazer opiniões, supostamente da sociedade, diretamente para

O problema é que grupos de pressão organizados não são a mesma coisa - e não expressam o mesmo conteúdo - que a opinião pública (conceito, aliás, de difícil estipulação), são no máximo uma parcela dela.³⁹⁴

Em influente estudo, William Eskridge³⁹⁵ demonstrou que há alguns determinados atores, nos EUA, que gozam de grande influência nas decisões judiciais, na seguinte ordem decrescente de força: governo federal, grupos financeiros (empresários, banqueiros etc.), cidadãos difusos (aqui a maior parte dos grupos de pressão), governos locais, sindicatos de trabalhadores, mulheres, portadores de necessidades especiais, acusados em processos criminais, minorias raciais, imigrantes e pobres. Talvez não seja muito diferente no Brasil. Ora, a quase totalidade das manifestações em audiências públicas e petições de *amicus curiae* perante o STF são de atores perfilados do início à metade deste *continuum*; por outro lado, ainda hoje a maioria da população brasileira é pobre (o extremo da “desinfluência”, segundo Eskridge).

Assim, com a vênua pela suposição quase demagógica, é bastante provável que a atuação dos grupos de pressão seja menos em nome da opinião pública e mais em defesa dos interesses corporativos destas categorias de atores (BARROSO, 2014:280, nota 138). Ademais, esta atuação é, em muitos casos, opaca, pois gira em torno de visitas a gabinetes de ministros, telefonemas e outros, e não audiências *públicas*. Logo, além de não representarem a opinião pública (e por isso não garantirem plena legitimidade democrática ao processo decisório), os grupos de pressão agem de formas tão diversas e difíceis de arrolar que, a despeito de sua provável importância para

a apreciação da corte, como forma explícita de legitimar a decisão final, o Supremo Tribunal Federal assume uma função típica do parlamento, apesar de não estar aparelhado institucionalmente para lidar com as diversas opiniões que poderão surgir e, o que é pior, de deslegitimar debates semelhantes que possam ter sido feitos ou que vierem a ser no seio do Congresso Nacional. Isto leva, ainda, a que o tribunal tergiverse na exegese constitucional focada em suas peculiaridades institucionais – interpretação com base em direitos e precedentes – passando a fazer juízos de valor sobre questões morais e científicas (para não falar estritamente políticas), desnaturando com isso o valor epistêmico da riqueza que há na diversidade de pontos de vista no processo deliberativo-constitucional. Agindo assim, o STF para seguir os conselhos de Robert Alexy (1999), que sugere o uso de toda a gama possível de “*general practical discourse*”.

³⁹⁴ Robert Dahl, em pioneiro estudo sobre o papel da Suprema Corte Norte-Americana, percebeu que os conflitos chegados à decisão do tribunal eram, no fundo, entre minorias organizadas no parlamento e minorias descontentes (e muitas vezes organizadas em grupos de pressão) que conseguiam ser ouvidas pelos magistrados (DAHL, 1957). Nada de majorias.

³⁹⁵ *Apud* Brandão (2012:256).

os resultados dos julgamentos, não são objetos de pesquisa facilmente abordáveis (note-se que há grupos de pressão formados por parlamentares – muito comuns, ainda que às vezes sejam formados por – paradoxalmente – apenas um legislador³⁹⁶).

A opinião pública nos parece que poderia ser englobada como mais uma opinião – ao lado da do parlamento e dos grupos de pressão diversos – e, assim, enquadrada metodologicamente dentro da grande categoria de “orientador do comportamento estratégico dos ministros do STF”. Neste caso, restariam três grandes balizas à atuação dos juízes: o texto das normas, as suas ideologias e a necessidade de comportamento estratégico com vistas a opiniões fortes e atuantes de outros atores.³⁹⁷ Dentre estes atores, enxergaríamos o Congresso Nacional, os grupos de pressão e a opinião pública (e, claro, o poder executivo, que aqui sequer chegamos a abordar). Apesar do eventual ganho esquemático, essa divisão faria perder determinadas nuances.

A atuação dos ministros – assim supõe a teoria da escolha racional – encontraria limites fortes na opinião pública. Há mesmo quem afirme que as cortes constitucionais em geral são bem menos contramajoritárias do que se costuma supor.³⁹⁸ Ao contrário, elas em geral julgariam em quase todos os

³⁹⁶ “Em reunião com presidente do STF, parlamentares apóiam a BS Colway” (disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/em-reuniao-com-presidente-do-stf-parlamentares-apoiam-a-bs-colway-ap3stdkir0n2cx6b2hry5xu1a>, acesso em 07/10/2015); “Os líderes do Partido Popular Socialista (PPS), Fernando Coruja, do Democratas, Ronaldo Caiado, e do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), José Aníbal, todos da Câmara dos Deputados, reuniram-se, nesta quarta-feira (25), com o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, para pedir pressa na análise do pedido (MS 27931) que questiona a forma de tramitação das Medidas Provisórias naquela Casa. [...]” (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105259&caixaBusca=N>, acesso em 07/10/2015).

³⁹⁷ Barroso (2014:280) categoriza essas três limitações como os modelos legalista, ideológico e estratégico, remetendo para vasta literatura internacional sobre o tema. A mesma divisão tríplice de influências das decisões judiciais foi dessa forma abordada por ele em palestra proferida em 17/08/2015, cuja transcrição da fala encontra-se disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015.

³⁹⁸ “Contudo, mais do que uma ou outra decisão da Suprema Corte sintonizada com a opinião pública, pesquisas empíricas vêm percebendo que as principais Supremas Cortes estão afinadas com a opinião pública na maioria das questões politicamente relevantes” (BRANDÃO, 2012:250). A opinião é nascida com Dahl (1957), que antes de Bickel falar da dificuldade contramajoritária, já considerava a Suprema Corte Norte-Americana bem pouco antimajoritaria. Ver, no mesmo sentido e atualizando Dahl, Pildes (2011) e também Bassok (2012). Friedman (2009) é o clássico do tema. “The theory of this article - if one can call a largely descriptive endeavor a theory - is that the process of constitutional interpretation that actually occurs does not set electorally accountable (and thus legitimate) government against unaccountable (and

casos com vistas ao que pensa a maioria da população,³⁹⁹ como forma de legitimar seus julgados e suas posições muitas vezes contrárias aos poderes eleitos – sobretudo o legislativo. Já noticiamos isto acima, no item 2.1.2.3 da Seção 2.1, sobre as teorias dialógicas do equilíbrio, quando foi vista a posição de Barry Friedman (pág. 157 e ss) acerca da importância da opinião pública para as cortes e para o equilíbrio de longo prazo dos sistemas políticos. As ideias de Friedman são altamente persuasivas, posto que dão uma descrição fidedigna sobre como funciona o sistema de controle de constitucionalidade. Contudo, será apenas num olhar de mais largo espectro temporal que se poderá reivindicar alguma legitimidade à atuação da corte quando declara a inconstitucionalidade de uma lei democrática. A questão é que legitimidade não é um tema meramente descritivo; ademais, ninguém quer esperar pela sobrevinda da geração futura para crer que a decisão de hoje foi legítima.⁴⁰⁰

thus illegitimate) courts. Rather, the everyday process of constitutional interpretation integrates all three branches of government: executive, legislative, and judicial. Our Constitution is interpreted on a daily basis through an elaborate dialogue as to its meaning. All segments of society participate in this constitutional interpretive dialogue, but courts play their own unique role. Courts serve to facilitate and mold the national dialogue concerning the meaning of the Constitution, particularly but not exclusively with regard to the meaning of our fundamental rights. This article provides a descriptive framework that is free from the constraints of the countermajoritarian difficulty for evaluating judicial activity. The article describes what courts actually do and how they actually operate in our constitutional system. This dialogic description integrates courts, rather than alienating them. The description legitimates courts only by explaining that the never-ending attempts at legitimation are pointless and distract us from more practical and important questions. Like all the other segments of society, courts simply are, and will remain, participants in American political life. Ironically, in fact, courts seem to participate with a good deal more popular approval (the views of the academy to one side) than the other branches of government. This article describes an America in which courts are a vital functioning part of political discourse, not some bastard child standing aloof from legitimate political dialogue. [...] The conclusions of this article deviate from such generally accepted theory and thought, as to both the role of constitutional courts and the nature of constitutional rights. Courts, as described here, do not stand aloof from society and declare rights. Rather, they interact on a daily basis with society, taking part in an interpretive dialogue. Rights, by the same token, do not override majority will. Rather, 'the People' define and redefine their rights every day as the interpretive dialogue proceeds." (FRIEDMAN, 1993:580-581 e 585).

³⁹⁹ Tomada em conta a ideia de Ackerman (1999) da “democracia dualista” – dividida entre “momentos constitucionais” e “política ordinária” – a corte, ao invalidar leis oriundas do parlamento por inconstitucionais, estaria sempre (e na verdade) agindo a favor - e não contra – a maioria. Só que não a favor da maioria conjuntural que produz as leis, a sim perfilada com a maioria constitucional, que se manifestou na feitura do texto maior, num contexto em que o povo “*constitute themselves as a people*”. Neste sentido, jamais haveria possibilidade de objeção contramajoritária.

⁴⁰⁰ O vínculo da opinião pública com as decisões da corte talvez seja também um *insight* mais óbvio no sistema norte-americano, em que a Suprema Corte tem pleno poder de agenda. Logo, como decide poucos e selecionados casos, eles podem ganhar a devida notoriedade e angariar, via de regra, um relevante espaço no debate público. Num sistema como o brasileiro, em que o STF tem reduzido poder de agenda (mesmo com a repercussão geral) e julga

O Congresso, no Brasil, é uma instituição com a representatividade⁴⁰¹ social bastante questionável.⁴⁰²⁻⁴⁰³ Essa baixa representatividade⁴⁰⁴ pode ser

dezenas de milhares de processos ao ano, isso é praticamente impossível, fazendo com que apenas um percentual ínfimo da “produção decisional” do tribunal seja estabilizado por discussões na esfera pública. Provavelmente esta diferença estrutural tenha impactos na descrição do sistema brasileiro à luz do prisma de Friedman. Ou esta descrição soaria familiar no Brasil para a maioria dos casos decididos pelo STF: “[...] *The public notices when the Supreme Court decides. Reporters cover the cases the Court will hear – generating interest - and the decisions, which generate debate. Some people agree with the Court; others are outraged. People discuss the decision in formal meetings, or in informal gatherings, or they act alone. Articles are written commenting on the Court's decision. More lawsuits are brought, some formulated specifically to test the bounds of the Court's decision. Town councils act. School boards act. Legislatures act at every level of government. This cycle of action creates more media attention. Some issues become more important than others. The Court has made some previously dormant issues important. People take sides. They formulate opinions. They listen as others speak, and thus they change their opinions. [...]*” (FRIEDMAN, 1993:656).

⁴⁰¹ Zurn (2007:155-156) considera que a diferença estrutural entre a composição dos parlamentos e as opiniões existentes nas respectivas sociedades é um dado que Waldron desconsidera ao supor que exista, ao contrário, uma perfeita correlação entre eles e basear sua defesa da soberania parlamentar nessa suposição. Isso enfraqueceria a tese de Waldron.

⁴⁰² São diversos os enfoques possíveis ao tema da representatividade. No entanto, parece haver um consenso entre aqueles que se dedicam a estudar o perfil dos deputados e senadores brasileiros: os temas que estes defendem são pontos de vista de setores altamente organizados da sociedade, que conseguem fazer suas pautas ser relevadas apesar de elas favorecerem, em muitos casos, pequenas parcelas da população. Uma conclusão comum sobre a atual composição congressional, eleita em 2014, é a de que “[a] diferença entre a composição da sociedade brasileira e sua representação legislativa é gritante em todos os recortes de comparação entre os eleitos e dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do IBGE.” (NUZZI, 2014). Se tomarmos por base a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Síntese de Indicadores 2013 (PNAD), elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94414.pdf>, acesso em 19/09/2015), veremos que, naquele ano, 69,0% da população brasileira ocupada com mais de 15 anos de idade era de empregados (funcionários públicos e trabalhadores privados com e sem carteira de trabalho assinada). Na mesma tabela, os empregadores representavam exatos 3,8% do total dos brasileiros e brasileiras. Se somarmos a estes empregadores o total dos que trabalham por conta própria (numa suposição, possivelmente exagerada, de que todos são empresários), chegaremos ao percentual de 24,5 do total de brasileiros. Já em termos de representatividade política, se tomarmos as bancadas informais existentes na Câmara dos Deputados na legislatura atual (como classificadas pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar – DIAP - em sua “Radiografia do Novo Congresso – Legislatura 2015-2019”, publicada em 2014, disponível em http://www.diap.org.br/downloads/Radiografia%20do%20Novo%20Congresso/radiografia_do_novo_congresso_-_legislatura_de_2015_a_2019.pdf#view=FitV&page=81, acesso em 19/09/2015), veremos que a bancada dos empresários soma nada menos que 221 deputados, o que corresponde a 43,08% do total de parlamentares na Casa. Ficando neste âmbito de comparação, a bancada sindical é de apenas 51 legisladores, ou 9,94% do total. Na mesma PNAD verifica-se que as mulheres somavam 51,4% do total da população, mas sua representação na Câmara, na atual legislatura é de 51 deputadas, o que lhes confere menos de 10% do plenário. Também se pode referir os negros, que somam 50,7% da população brasileira, mas que obtiveram 20% das cadeiras na Câmara Baixa do Congresso nas últimas eleições (ver “*Negros autodeclarados são só 20% dos 513 deputados federais eleitos*”, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1530993-negros-autodeclarados-sao-so-20-dos-513-deputados-federais-eleitos.shtml>, acesso em 19/09/2015). De acordo com o IBGE, em 2006, (Censo de 2006, disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tabelabrasil111.shtml>, acesso em

vista em pesquisas como a do Índice de Confiança Social (ICS), realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) que, em sua última edição, de 2015, apontou que o índice do Congresso Nacional era de 22 pontos (num total de 100 possíveis), o que lhe confere a penúltima colocação entre as 18 instituições pesquisadas, atrás, apenas, dos partidos políticos, que têm 17 pontos.⁴⁰⁵ Mais um dado importante vem de outra pesquisa do mesmo IBOPE, esta realizada durante protestos realizados em junho de 2013 em diversas capitais do Brasil: do universo de manifestantes, 89% não se sentiam representados por qualquer dos partidos existentes e 83% por qualquer dos políticos então com mandatos.⁴⁰⁶

A principal ferramenta de distorção da representação popular no parlamento é o poder econômico empregado nas campanhas eleitorais⁴⁰⁷, algo que foi reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal no recente julgamento da ADI 4650, intentada pela OAB com vistas à declaração de inconstitucionalidade do financiamento empresarial de campanhas políticas.⁴⁰⁸

19/09/2015), para uma população total de 169 milhões de pessoas, havia 3.946.411 proprietários rurais que produziam em suas terras (dados do Censo Agropecuário 2006 – último realizado, disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv61914.pdf>, acesso em 19/09/2015), o que totalizava, portanto, 2,32% da população. Supondo-se que este percentual não teve grande variação desde então, parece contrastar bastante com o total de deputados da bancada ruralista eleitos para a atual legislatura, ainda segundo a “Radiografia do Novo Congresso”, do DIAP, que constata a existência de 109 parlamentares defensores das pautas dos proprietários rurais, num total de 21,24% da Câmara dos Deputados.

⁴⁰³ Souza Neto e Sarmiento (2013:130).

⁴⁰⁴ Barroso (2014:42) entende que “[...] o problema brasileiro atual não é o excesso de judicialização, mas escassez de boa política. [...] O que país precisa é restaurar a dignidade da política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo.”

⁴⁰⁵ Disponível em <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicees-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>, acesso em 19/09/2015.

⁴⁰⁶ Disponível em <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sentem-representados-por-partidos.aspx>, acesso em 19/09/2015.

⁴⁰⁷ “O caráter indireto e desinformado das eleições faz com que os representantes respondam mais intensamente a formas mais diretas e custosas de comunicação política, como os ‘lobbies’ e as contribuições de campanha. Tais circunstâncias elevam o peso de minorias bem articuladas no processo político, em detrimento de grupos difusos que não têm os recursos, a organização e os aliados necessários para pressionar os políticos, de maneira que as leis favorecem, sistematicamente, os primeiros.” (BRANDÃO, 2012:205).

⁴⁰⁸ “A existência do financiamento de campanhas eleitorais por doações de empresas favorece determinados setores da economia, em que estão grandes doadores – bancos, construtoras e mineradoras –, e traz efeitos indiretos negativos para o país, como a menor presença de mulheres na política. Essas distorções ocorrem em um contexto em que a maioria dos parlamentares está insatisfeita com o sistema atual de financiamento, tendendo a apoiar um sistema baseado no financiamento público. Esses foram alguns pontos destacados por estudiosos do sistema eleitoral brasileiro presentes na audiência pública sobre o financiamento de campanhas, convocada como fase preparatória para o julgamento da Ação Direta de

Segundo manifestado pelo cientista política Geraldo Tadeu Monteiro em audiência pública ocorrida no âmbito desta ação:

[...] o PIB brasileiro cresceu 41.3% no período [de 2002 a 2012], a inflação foi de 78% e o crescimento dos gastos eleitorais foi da ordem de 471.3%. Então, nitidamente, há um inflacionamento dos gastos eleitorais, muito além daquilo que foi o crescimento do PIB, por exemplo, ou até mesmo da inflação. [...] Embora a campanha nos Estados Unidos tenha custado seis bilhões de dólares, na última campanha de 2012, e a do Brasil dois bilhões de dólares, quando nós comparamos com o PIB vemos que o Brasil é o país que mais gasta, em termos eleitorais, no mundo. [...] há uma correlação de quase 100% entre mais votos e mais recursos, quanto mais dinheiro na campanha mais votos. [...] Todos aqueles candidatos que se elegeram ou que tiveram mais votos foram aqueles que tiveram mais dinheiro. Então, me parece que esses dados mostram que há uma influência, nítida e clara, do poder econômico nos resultados eleitorais.

O poder econômico subjuguou a força das ideias e distorceu a representação política do povo.

Se é pouco representativo da sociedade,⁴⁰⁹ então não deve haver surpresa no fato de que, muitas vezes, as leis e demais atos legislativos adotados pelo Congresso Nacional sejam compatíveis com pontos de vista de parcelas minoritárias da sociedade,⁴¹⁰ pois são exatamente estas que estão compondo as maiorias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Também não deve causar espécie, assim, o fato de que, em muitos casos, ao invalidar leis e Emendas aprovadas pelas maiorias do parlamento, o Supremo, inclusive por isso, esteja perfilhado pela maioria da opinião popular⁴¹¹ –

Inconstitucionalidade (ADI) 4650, de relatoria do ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal. (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242075>, acesso em 19/09/2015).

⁴⁰⁹ Opinião compartilhada, também, pelo ministro Barroso: “*Como é notório, o Legislativo vive um momento de crise de representatividade e de funcionalidade, com grande dificuldade de se produzirem consensos. Reforma Tributária, Reforma Política, Guerra Fiscal são apenas alguns dos temas que há anos aguardam provimentos legislativos.*” (afirmação em palestra cuja transcrição encontra-se em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015).

⁴¹⁰ Cite-se como exemplo recente o Projeto de Lei (PL) 4330, que permite a terceirização de serviços inclusive nas atividades-fim, algo que é frontalmente contrário aos interesses dos 69% da população brasileira com mais de 15 anos composta por empregados. No entanto, o Projeto logrou contar com votos favoráveis de 230 deputados na Câmara, contra 203 contrários.

⁴¹¹ É esta a opinião de Kavanagh (2003).

exatamente aquela que *não está* proporcionalmente representada pelos legisladores.⁴¹² Ainda assim vale bastante o alerta de Ely (1980:67): “[...] *we may grant until we’re blue in the face that legislatures aren’t wholly democratic, but that isn’t going to make courts more democratic than legislatures.*”

Disse o ministro Fux, supondo que as vozes presentes a uma audiência pública do STF eram a manifestação da opinião pública:

A postura do magistrado é muito diferente quando ele aprecia um processo subjetivo daquela postura que adota quando analisa um processo objetivo, onde há opções políticas adotadas pela Constituição Federal, onde há valores. **E nós temos sempre o vezo de entendermos que a grande legitimação das decisões da Suprema Corte nesse processo objetivo é alcançada exatamente por meio da voz da sociedade.** Por isso é que, sempre que possível, convocamos audiências públicas em temas interdisciplinares e, também, gostamos de ouvir *amicus curiae*, que tem aquele entendimento técnico especializado. [Grifo nosso].⁴¹³

Esse “vezo” expressado pontualmente pelo ministro Fux provavelmente não é nada isolado. Como foi dito, as supremas cortes mundo afora costumam decidir, no mérito, muito próximas da opinião pública (FRIEDMAN, 2009). Logo, parece relevante querer saber se, pelos menos nos casos em que haja

⁴¹² Veja-se (o que temos por equívoco) Victor (2013:165), que considera a mesma coisa a opinião da maioria do Congresso Nacional e a opinião pública e, ao fazê-lo, acaba por concluir que, porque o STF costuma não invalidar as leis federais que lhe vêm ao escrutínio (conclusão também não tão simples de acatar), então ele perfila-se à opinião pública na maior parte dos casos. Logo, crê Victor, o STF não seria contramajoritário! A posição nos parece errada porquanto, para além de confundir a maioria do parlamento brasileiro com a maioria da população, ele inclui no percentual de “decisões que confirmam a constitucionalidade das leis federais”, de 86,68%, nada menos do que 74,35% de ações que sequer tiveram o mérito analisado, de 1988 até 2009. Apenas 25,65% até aquele ano haviam transitado em julgado. Dessas, 12,33% forma julgadas improcedentes e 13,32% procedentes em todo ou em parte. Ou seja, nos parece que o correto é ver que, do total de ações efetivamente julgadas, o STF declarou a inconstitucionalidade na maioria dos casos, e não na ínfima minoria, como sugere Victor. Assim, se o Congresso fosse altamente representativo da sociedade, o STF seria contramajoritário, diferentemente do que conclui o pesquisador. Para uma excelente contestação das conclusões da pesquisa em que o autor se baseou para extrair estes dados (o livro de Thamy Pogrebinski *“Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil”*), ver *“O ativismo judicial em números”*, coluna de Lênio Streck no Consultor Jurídico. Outubro de 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>, acesso em 10/10/2015.

⁴¹³ Trecho às págs. 4-5 da transcrição da audiência pública realizada no STF em 17/06/2013, no bojo do processo da ação direta de inconstitucionalidade 4650, que intentava a invalidação do financiamento empresarial de campanhas eleitorais (disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4136819>, acesso em 19/09/2015).

pesquisas de opinião disponíveis sobre temas julgados pelos STF, o tribunal perfilhou-se ao que parecia pensar a população ou não?⁴¹⁴ – eis outro excelente campo de investigação.

Ressalte-se que, ao parametrizar a pesquisa a partir de sondagens de opinião existentes para viabilizar a análise, será produzindo um enviesamento inevitável: parece extremo de dúvidas que apenas temas com algum grau de relevância política terão importância social suficiente para que algum órgão – público ou privado – tenha tido a iniciativa de pesquisar a opinião pública sobre eles. Assim, lembrando as teorias dialógicas do equilíbrio, temos de saber que os assuntos de baixa saliência política não terão sondagens de opinião para que se possa saber da afinidade – ou não – do STF com o que pensa a sociedade sobre eles. Logo, mesmo que encontrássemos uma correlação alta entre as decisões judiciais e posições da sociedade nos temas em que há pesquisas, isso não querará dizer que STF sempre julgue de acordo com o que pensa o povo.

Se existir uma correlação alta, haveria um caminho possível para explicar os casos em que, mesmo havendo uma opinião pública forte contrária a um tema, julguem os juízes favoravelmente a ele – aí, então, agiriam na famosa posição contramajoritária: é que, nestas ações, o tribunal estaria “queimando capital político” angariado em todos os julgamentos em que ele se perfilhou ao que pensava a população.⁴¹⁵⁻⁴¹⁶ Logo, a movimentação estratégica

⁴¹⁴ Esta pergunta assume como relevante precioso alerta de Bateup (2006:1176): “[...] *Outside the United States, the extent to which the judiciary actually facilitates society-wide debate is uncertain in many nations, due to the lack of positive evidence about these issues. In relation to those systems, it will first be important to examine the extent to which these broad dialogic dynamics currently exist, before beginning to think about the best ways to modify or adapt these systems in order to incorporate more completely the judicial role of facilitating broader constitutional discussion.*”

⁴¹⁵ “*This tentative thinking suggests a picture of a judiciary that rarely is completely on target with the body politic but is never too far ahead or behind. The judiciary can be at times visionary, and at times reactionary, but never too much of either. When the judiciary slides toward either extreme a correction begins, moving the wave back in the other direction. [...]*” (FRIEDMAN, 1993:678).

⁴¹⁶ Afirma o ministro Barroso (mitigando o nível de ação estratégica dos juízes): “*Não é errado nem ruim que juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e levem em conta a realidade e o sentimento social. Porém, o STF não pode se converter em mais uma instância da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. O populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Porém, ausente esta relação de subordinação, o alinhamento eventual com a vontade popular dominante é uma circunstância feliz e, em última instância, aumenta o capital político de que o Tribunal dispõe para fazer o que é certo, quando seja o caso de não satisfazer a maioria.*” (Disponível em

que faria o tribunal seria angariar o máximo possível de sustentação popular à sua atuação (e, com isso, à sua independência decisória dos demais poderes) exatamente para o fim de “investir” esse capital naqueles casos em que, por algum motivo, a corte entenda que valha a pena contrariar a opinião pública (BRANDÃO, 2012:257).⁴¹⁷ “[...] *This political capital, though, is neither infinite nor static, and the court will only be tolerated within certain bounds.*” (MENDES, 2009:227). É bastante difícil, contudo, determinar que casos seriam suficientemente relevantes para os ministros agirem assim.⁴¹⁸ É provável que, na tentativa de achar explicações, encontrássemos caminho pela aplicação das suas ideologias individuais que, como já dissemos, são difíceis de analisar.

É evidente, por fim, que se fosse constada correlação relevante entre opinião pública e posições do STF em julgamentos, então não seria ele um defensor contumaz das *minorias discretas e insulares*, para retomar o *Justice Stone* (já citado à pág. 119), ainda que se pudesse querer justificar o controle judicial de constitucionalidade brasileiro exatamente por se supor o STF como

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015). Também é dele o seguinte trecho: “[...] *De fato, a legitimidade do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que diverjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão. [...] Todavia, existe nesse domínio uma fina sutileza. Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública.*” (BARROSO, 2014:278).

⁴¹⁷ Bickel (1986:28). Também Friedman (2005:326). O tema é, em verdade, extremamente complicado. O ministro Barroso, por exemplo, defende que as cortes constitucionais, e o STF em particular, desempenham, a depender do caso, exatamente um destes dois papéis: o contramajoritário e o representativo, o primeiro quando revoga entendimentos das maiorias parlamentares ou do executivo e o segundo quando assume a posição da maioria da população que as instâncias majoritárias não encamparam a contento (ver a transcrição da palestra proferida em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015).

⁴¹⁸ Note-se que uma outra objeção à atuação da corte posta por Zurn (2007:4-5) em paralelo à dificuldade contramajoritária é a ideia da ação paternalista: o tribunal agiria como um tutor de uma cidadania fraca e incapaz de conduzir seus próprios destinos. Neste caso, a corte não afirmaria estar contrariando a opinião pública e defendendo minorias, ao contrário, os juízes diriam estar defendendo a maioria dela mesma, que não sabe se orientar. Em diversos casos em que julgar contra a decisão do Congresso e em muitos outros daqueles em que não haja pesquisas de opinião disponíveis, é provável que a atuação do STF lembre muito essa postura paternalista. Estes casos, contudo, se subsumiriam naqueles em que a corte está a “queimar capital político”.

“voz do povo” e a opinião pública como *Supreme Court's New Source of Legitimacy* (Bassok, 2014).

Como se percebe, todos estes temas são extremamente relevantes à compreensão da dinâmica da adjudicação constitucional no Brasil – e no mundo – e restam franqueados a pesquisas futuras. Em nome do foco necessário à conclusão dos trabalhos aqui delineados, achou-se por bem apenas arrolá-los, passando, no Capítulo seguinte, à apresentação e análise dos resultados das verificações empíricas empreendidas no escopo mais direto de nosso problema.

4. Sistema Brasileiro de Controle Concentrado de Constitucionalidade: dialógico?

Todo o trabalho teórico empreendido nos Capítulos anteriores deságua em dois propósitos cujo êxito considero logrado: entabulou-se um conceito de diálogos constitucionais que melhor se afiniza com o regime democrático, ao mesmo tempo que foram gerados parâmetros para a análise do potencial dialógico (epistêmico e democrático) do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Com base nos diversos balizamentos do roteiro metodológico traçado, focaremos a atenção, adiante, na aplicação dos parâmetros enunciados aos diversos procedimentos decisórios parciais do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. Isto nos permitirá, se os critérios adotados forem considerados hígidos, enxergar a dinâmica deliberativa dos poderes legislativo e judiciário brasileiros sob este prisma tão relevante da troca e consideração mútua de argumentos.

4.1 Argumentos do legislativo são considerados?

Conforme delineado na metologia, no Capítulo 3, o primeiro foco de análise – e provavelmente o mais trabalhoso – serão as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas junto ao STF. Não quaisquer ADIns, contudo. Um primeiro critério para que sejam ora analisadas inclui apenas as ações que questionassem leis federais e Emendas à Constituição (CF/88, Art. 102, I, “a”, *ab initio*), restando fora do universo, portanto, as ADIns dirigidas contra atos normativos infra-legais de âmbito federal e todas as leis e atos normativos de nível estadual e distrital – o que é decorrência direta e necessária de estarmos a averiguar, apenas, a relação Congresso-STF. Em relação às leis federais, por força do Art. 6º da Lei Federal 9.868/99, sabe-se de antemão que, obrigatoriamente, deverão ser intimadas as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para que prestem, no prazo de trinta dias, informações sobre a constitucionalidade do diploma questionado. Logo, as Mesas figurarão como partes intimadas em todas as ADIns sobre leis federais e Emendas à

Constituição.⁴¹⁹ Com este pressuposto, foi solicitada pesquisa ao Supremo Tribunal Federal que, por meio da Seção de Pesquisa de Jurisprudência, aplicou como critérios de pesquisa eletrônica, no banco de dados de jurisprudência do STF, o fato de tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade e de ter como parte intimada as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado (ou o Congresso Nacional unicamente), desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.⁴²⁰

⁴¹⁹ Foi a Lei Federal nº 9.868/99 que introduziu, a partir de 1999, esta obrigação no âmbito legal. A prática de solicitar informações ao Congresso Nacional sobre a lei ou ato normativo que tenha sua constitucionalidade impugnada, contudo, é antiga. Já no anterior Regimento Interno do STF, de 1970, lia-se o seguinte artigo 175: “O relator, sem prejuízo do disposto no art. 22, IV, pedirá informações à autoridade, da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso.” Este dispositivo corresponde ao Art. 170 do atual Regimento Interno do STF, que data de 15 de outubro de 1980. Ou seja, ainda que a Lei seja de 1999, todas as ADIns, desde 1988, tramitaram com a obrigação de o relator solicitar as informações ao Congresso Nacional. Acrescente-se a isso que o STF considera que seu Regimento Interno foi recebido pela CF/88 como lei ordinária (vezou legiferante dos ministros?).

⁴²⁰ A solicitação foi enviada por e-mail, para o endereço pesquisadejurisprudencia@stf.jus.br, em 29 de setembro de 2015, com o seguinte texto: “Em longa pesquisa no site do STF, não consegui obter um crivo para selecionar apenas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade intentadas contra atos normativos do Congresso Nacional (leis ordinárias, leis complementares e emendas constitucionais). Seja na pesquisa de jurisprudência, de processos e mesmo nos links de estatística, tal pesquisa é impossível, pois o critério da ‘matéria impugnada’ pela ADI não existe. Não há, nem mesmo, um critério de localização pelo campo de “intimados”, pois, se houvesse, seria possível procurar por ‘congresso nacional’. Eu sou doutorando em Direito na UnB e minha pesquisa envolve a análise de todas as ADIns já decididas desde a Constituição de 1988 (com a tramitação concluída, portanto) em que se discutiram leis federais e emendas constitucionais. Meu trabalho consistirá em ler, integralmente, os acórdãos de todas estas ADIns que mencionei para realizar determinados estudos. Contudo, tal tarefa será em muito multiplicada caso eu tenha de entrar, processo por processo, para conseguir achar apenas aqueles em que o congresso nacional é intimado (em que a matéria decidenda envolve lei federal e emenda à Constituição, portanto). Assim, meu pedido a vocês, se estiver ao alcance com as ferramentas de pesquisa que tiverem, é uma listagem com a totalidade das ADIns decididas, desde a promulgação da Constituição de 1988, em definitivo, até hoje, e que tenham como questionamento a constitucionalidade de leis federais e emendas à Constituição; alternativamente, caso esta forma de pesquisa não seja possível, então já ajudaria muito a listagem completa de todas as ADIns decididas desde a CF/88, em definitivo, até hoje, e que tenham como intimado o Congresso Nacional (e/ou Câmara dos Deputados e Senado Federal). Desde já manifesto meus veementes agradecimentos pela atenção. Att., Ramaís de Castro Silveira.” No dia 1º de outubro de 2015, a resposta enviada pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do STF veio nos seguintes termos: “Senhor, Encaminhamos o link com o resultado conforme os parâmetros solicitados - <http://tinyurl.com/q7bunrd> O argumento de pesquisa utilizado no campo pesquisa livre foi: inconstitucionalidade.dcla. e (congresso ou camara adj4 deputados ou senado).part. Do mesmo modo, filtramos o resultado a partir de 05/10/1988 preenchendo a data inicial no campo Pesquisa Livre conforme a figura abaixo: [A FIGURA MENCIONADA ERA A TELA DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO STF COM O CAMPO ‘PESQUISA LIVRE’ PREENCHIDO COM OS DIZERES: ‘inconstitucionalidade.dcla. e (congresso ou camara adj4 deputados ou senado).part.’ E A DATA DE INÍCIO EM 05/10/1988].” Como se pode constatar, o órgão administrativo do STF respondeu atendendo ao pedido alternativo formulado na solicitação, ficando pendente o pedido original, de listagem com foco no conteúdo (questionamento da

267

Como resultado da aplicação dos critérios viabilizados pelo órgão administrativo do STF, obteve-se, na data de **07 de dezembro de 2015**,⁴²¹ um total de 543 acórdãos, 486 decisões monocráticas e 30 decisões da Presidência. De plano, excluem-se do objeto pesquisado todas as decisões monocráticas e da Presidência, pois não se tratam de posições debatidas em plenário pelo conjunto dos ministros (não são entendimentos institucionais). Além disso, as monocráticas são, em geral, meros despachos ou decisões cautelares que não adotaram o rito do Art. 12 da Lei Federal nº 9.868/99. As decisões da Presidência são, no mais das vezes, também cautelares decididas em períodos de férias (aplicação do Art. 13, inc. VIII, do Regimento Interno do STF) e despachos procedimentais.

Ao conjunto de 543 acórdãos há, ainda, alguns crivos que, aplicados, permitirão chegar ao universo desejado: é necessário dali retirar: a) as cautelares (pois, ainda que julgadas pelo plenário, comportam reversão de mérito quando do julgamento definitivo); b) os agravos regimentais e embargos de declaração (que aparecem nos resultados da pesquisa como itens separados das próprias ações às quais vinculados); c) as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (que, conforme já argumentado no Capítulo da Metodologia, não são objeto de análise, ainda que o critério de pesquisa eletrônica as tenha incluído no número de 543 acórdãos); d) as ADIns em que foi negado seguimento por falta de legitimidade ativa *ad causam* ou qualquer outra razão e as não conhecidas (posto que, nelas, não há averiguação de mérito); e) as questões de ordem; f) os acórdãos sem a íntegra publicada na data da pesquisa (pois inviabilizariam a leitura dos argumentos); g) as ADIns que não haviam transitado em julgado, o que, por si, retira do foco, além das cautelares (já ablatas na alínea “a”), eventuais ações ainda pendentes de transcurso de prazos ou julgamento de recursos (a Seção de Pesquisa de

constitucionalidade de leis federais e emendas à Constituição). Também de se gizar que o parâmetro de pesquisa utilizado não permitiu excluir as ações ainda em tramitação, pois não considerou – ainda que tivesse sido solicitado – apenas as ações com decisões definitivas de mérito. Na pesquisa também há duplicidades, notadamente porque aparecem em itens isolados os julgamentos de mérito, as cautelares, as questões de ordem, os embargos de declaração e os agravos regimentais referentes a uma mesma ADIn.

⁴²¹ É importante balizar-se os casos analisados com uma data limite, pois, dependendo de quando o critério de pesquisa for aplicado, o resultado será diverso em função da dinâmica de ajuizamentos e decisões, sempre em fluxo.

Jurisprudência do STF não incluiu o critério da irrecorribilidade na pesquisa, apesar de ter sido solicitado); h) as ADIns que trazem como objeto Emendas Constitucionais de *override* e leis *in your face* (pois estas serão analisadas em Seção específica deste Capítulo) e i) as ADIns que aparecem em duplicidade por terem sido julgadas em conjunto com outras igualmente atendentes dos critérios estipulados.

Foram mantidas – e analisadas igualmente – todas as decisões, seja procedentes, seja improcedentes. Alguns dentre aqueles que adotam o conceito de diálogos constitucionais no sentido formal (pelo qual “diálogo” é a capacidade do legislativo superar e/ou fazer valer suas posições sobre a interpretação constitucional do tribunal) entendem que as decisões em controle de constitucionalidade tomadas pela corte constitucional, quando improcedentes, significam uma espécie de diálogo, porquanto – supõem eles – nestes casos o judiciário “concordou” com o legislativo acerca da constitucionalidade das leis questionadas. Sem dúvidas que, nos casos de ADIns julgadas improcedentes, o STF acaba por concluir que a lei ou Emenda à Constituição era, tal como também a considerou o Congresso Nacional, constitucional⁴²². No entanto, ao olhar-se para esta decisão sob o prisma do conceito de diálogos constitucionais em sentido material (que exige, como longamente explicitado neste trabalho, a troca e consideração mútua de argumentos), mesmo ela – a decisão de improcedência da ADIn – poderá significar uma postura de supremacia do judiciário e de descon sideração das razões hermenêuticas do legislativo. Isto porque, se decidir que determinada norma é constitucional considerando apenas argumentos e motivações diversas (e quem sabe, até, contraditórias) em relação às arroladas pelas CCJCs e lançadas nos ofícios de informações prestadas no bojo da tramitação das ações, então o resultado poderá ser a improcedência e a declaração da constitucionalidade da norma questionada, mas não haverá, *in casu*, dinâmica dialógica que denote potencial democrático e epistêmico na decisão.

⁴²² Interessante trazer à colação, para aplicação *mutatis mutandis*, o seguinte excerto do voto do ministro Marco Aurélio na ADIn 2395: “[...] para concordar, não precisamos, ou não devemos, em favor da dinâmica dos trabalhos, da celeridade dos trabalhos, tomar tempo maior do Colegiado. Mas, para discordar, principalmente de votos fundamentados [...], precisamos externar a motivação do convencimento.” Aqui dir-se-ia que, mesmo para concordar, faz-se necessário justificar o porquê.

Dito isso, e aplicadas as restrições mencionadas ao conjunto dos 543 julgados oriundos da pesquisa fornecida pelo STF, chegou-se a um universo de **140 (centro e quarenta)** acórdãos de ações diretas de inconstitucionalidade a serem lidos e analisados no mérito argumentativo.⁴²³ Quando a isto, cumpre ressaltar o que tomamos por consideração das razões do Congresso Nacional por parte do STF. Em primeiro lugar, com um nível de exigência baixo, bastou para aceitar que tenha havido a consideração de argumentos que apenas um ministro do STF tenha feito remissão expressa aos motivos lançados pelos legisladores para considerar a norma como sendo harmônica com a Constituição, mencionando, o ministro, se tais motivos estariam “corretos” ou não (ainda que implicitamente). De outro lado, a fonte desses argumentos deverá ter sido apontada pelo magistrado como sendo ou os pareceres das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados ou do Senado, ou os ofícios de informação devolvidos ao Supremo Tribunal Federal já por ocasião da tramitação da ADIn, cumprindo os termos do Art. 6º da Lei Federal nº 9.868/99 e do Art. 170 do Regimento Interno do STF. Não bastará, portanto, qualquer remissão, por exemplo, à justificação do projeto de lei, pois, como dito na metodologia, ela expressa, apenas, a opinião do(s) proponente(s) e não das Casas Legislativas institucionalmente. Igualmente não bastará a singela menção, no relatório que precede o voto ministerial (e mesmo neste), ao que tenham dito Câmara dos Deputados e/ou Senado – é que isto, apenas, não significa que os argumentos sejam levados em consideração, somente que existem (o que, de antemão, se sabe).

Faz-se ainda necessário reiterar que as razões do legislativo poderão ter sido, ou não, responsáveis por conduzir o resultado de mérito do julgamento. Mesmo, contudo, que os argumentos do Congresso Nacional sobre a constitucionalidade do diploma normativo não tenham alterado em nada a decisão final do plenário do STF, desde que tenha havido consideração por eles, computar-se-á o caso como em que tenha havido abertura dialógica. Portanto, para que seja apontado que não houve consideração de razões no

⁴²³ A listagem completa destas ADIns encontra-se no Anexo 1. A listagem das ações excluídas da análise e os motivos pelos quais o foram está no Anexo 2. O total de ambas monta os 543 itens oriundos dos critérios aplicados pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do STF em data de 07 de dezembro de 2015, conforme explicado.

acórdão de uma ADIn é necessário que nenhum ministro tenha feito qualquer referência – seja para reforçá-los, seja para vergastá-los – aos argumentos pela constitucionalidade da lei ou Emenda Constitucional proferidos pelas CCJCs ou constantes nos ofícios de informação enviados pelas Mesas das Casas Legislativas ao Supremo. São, como se depreende, casos de desconsideração absoluta pela posição interpretativa do outro poder.

Os acórdãos foram lidos todos em sua integralidade, abarcando relatórios, votos dos relatores e dos demais ministros, a fim de obter juízo de certeza quando à existência ou não de remissão das razões de decidir do tribunal aos argumentos parlamentares. A leitura contemplou, assim, **8.384 (oito mil, trezentas e oitenta e quatro) laudas.** A ordem utilizada foi a do número da ADIn, como consta no Anexo 1, ainda que este método não faça coincidir, necessariamente, a análise com a sequência cronológica dos julgamentos. Na tabela do Anexo 1, encontram-se os dados colhidos de cada acórdão, havendo coluna sobre a data da autuação, sobre a data da decisão, sobre a natureza do resultado (procedente, procedente em parte ou improcedente), sobre eventuais ações julgadas em conjunto, sobre o número de páginas, sobre a questão de ter sido ou não dispensada pelo ministro relator a prestação de informações por parte do Congresso Nacional, sobre o conteúdo das informações prestadas pelo legislativo – quando for o caso (se elas adentraram ao debate do mérito constitucional dos dispositivos impugnados na ADIn, se resumiu-se ao relato da tramitação legislativa ou mesmo se eventualmente não é possível discernir um destes casos com o que consta no acórdão) e, finalmente, a coluna que noticia se o acórdão é considerado exemplo de diálogo constitucional ou não. A seguir tece-se um relato de achados de pesquisa julgados relevantes, o que faz com que nem todos os acórdãos sejam citados.

A primeira – na ordem convencional – manifestação digna de nota aqui foi do ministro Marco Aurélio, em voto proferido em 15 de maio de 1991, no bojo da ADIn 447. Esta ação versou sobre a constitucionalidade da Taxa de Conservação Rodoviária instituída pela Lei Federal nº 8.155/90. Disse o ministro Marco Aurélio (que viria a declarar, em posição vencida, a constitucionalidade da taxa em debate):

Senhor Presidente, sob o crivo desta Corte está, mais uma vez, ato normativo cujo Projeto tramitou no Congresso Nacional, resultando, por presunção lógica, da vontade do Povo e da vontade dos Estados. Deputados e Senadores o aprovaram, **presumindo-se** o atendimento não só dos interesses gerais, como também **a harmonia com o texto constitucional**. Aliás, esta última, a presunção de harmonia com o texto constitucional, a par de decorrer do princípio da razoabilidade, pois sempre cabe presumir o ordinário, o que ocorre no dia-a-dia da atividade humana, consubstancia regra de hermenêutica e aplicação do Direito consagrada pela doutrina e pelos pronunciamentos desta Corte. No exame da pecha de inconstitucionalidade, há um ponto de partida e outro de chegada, considerado, quanto a este último, o próprio pedido formulado na demanda. O primeiro, ligado à presunção que milita a favor de qualquer ato normativo - de que foi editado a luz da Lei Básica, e o segundo, pertinente ao excepcional, ao extraordinário, ou seja, ao mau trato ao mandamento maior. [...] Por tudo, considerando que o tributo instituído pela Lei nº 8.155/90 tem enquadramento na autorização constitucional do inciso II do artigo 145 da Constituição Federal; [...] e **tendo presentes noções sedimentadas sobre o procedimento a ser adotado na apreciação da harmonia da Lei com a Constituição e que estão voltadas à presunção da constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional** e a necessidade de a inconstitucionalidade ser manifesta, livre de qualquer dúvida razoável, decorrendo de clara e forte convicção do julgador, concluo pela valia constitucional da Lei no 8.155/90. [Grifos nossos].

Ainda que manifestando a importância da presunção de constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso Nacional, o ministro Marco Aurélio não fez qualquer menção, em seu voto de 25 páginas, às efetivas razões arroladas pelas Casas Legislativas para sustentar a constitucionalidade da Lei Federal nº 8.155/90, no que foi seguido por seus pares. Assim, apesar da expressa deferência que se deveria ter pela legitimidade da posição do legislativo, o STF não buscou conhecer os argumentos enumerados pelos parlamentares para considerar constitucional a exação fiscal vergastada. A ADIn 447, aliás, foi julgada procedente, declarando-se inconstitucional a lei em tela.

Nesta mesma ação, o ministro Sepúlveda Pertence afirmou, em seu voto, ter ficado bastante inclinado, por uma abordagem como cidadão, a declarar a constitucionalidade da taxa, preocupado que estava com a falta de

fonte para o custeio da manutenção da malha rodoviária federal. Disse, contudo, não ter conseguido, à vista dos elementos de convencimento sobre a exegese constitucional que lhe apareciam no caso. Para o que aqui nos interessa, contudo, vale a citação do seguinte trecho de sua lavra:

[...] Senhor Presidente, li e reli, demoradamente, os memoriais e os pareceres oferecidos em defesa da taxa: o do Sr. Advogado-Geral da União, os esclarecimentos técnicos preciosos do GEIPOT, os pareceres dos juristas Souto Maior Borges, Luiz Romero Patry e Eros Grau. E ouvi, com a maior atenção, os votos dos eminentes Ministros *Marco Aurélio* e *Carlos Velloso* [favoráveis à constitucionalidade da Lei], este último, na recordação dos princípios gerais, se, constituindo em mais uma lição de Direito Tributário, que, sinceramente, fico devendo a S.Exa.

O que é de se notar nas linhas acima é que diversas fontes argumentativas pareceram importantes para a tomada de posição do ministro Pertence; nenhuma delas, entretanto, foi as manifestações do Congresso Nacional que, por evidente, iam no mesmo sentido de defender a constitucionalidade da lei atacada. Não é fato isolado. No acórdão da ADIn 493, por exemplo, voto do ministro Moreira Alves, são consideradas e discutidas as razões do poder executivo fornecidas pela Advocacia-Geral da União acerca da possibilidade de retroatividade da Lei Federal 8.177/91:

Igualmente, não se pode, no caso, como sustentam as informações do Poder Executivo (fls. 119 e segs.), pretender que se limitam a o equilíbrio aplicável quando as normas ora impugnadas, especialmente a do artigo 24, aplicar a teoria da imprevisão para restaurar o equilíbrio contratual. [...] Duas questões, porém, levantadas nas informações e na defesa do Advogado-Geral da União merecem análise mais detida [...]

No mesmo voto são considerados e chancelados os argumentos do Ministério Público, como no trecho: *“[o]ra, como bem demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é isso o que ocorre com a Taxa Referencial (TR) [...]”* Nada remete, porém, às informações e aos pareceres das CCJCs das Casas Legislativas que aprovaram a lei discutida.

Na ADIn 513, o relator, ministro Célio Borja, dispensou o Congresso Nacional de prestar as informações que interessariam à ação. Disse sua Exa.:

Sem ocultar o interesse teórico e científico pelas questões propostas, devo realçar o fato de ter o Supremo Tribunal dispensado as informações de praxe, a pedido do próprio Executivo e por proposta formal do il. Advogado-Geral da União, cuja preocupação dominante tem sido a eventual demora do julgamento definitivo da causa. [Grifos nossos].

Ora, por que seria o interesse meramente teórico ou científico e não jurídico? A afirmação do ministro Célio Borja parece dar o tom de o quanto as manifestações do Congresso Nacional, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, pouco ou nada tinham a acrescentar para o deslinde de mérito dos processos.

Na ADIn 574, o procurador-geral da República visava a declarar a nulidade da redação dada ao Art. 7º incisos da Lei Federal nº 3.765/60, alegando como razão vício de inconstitucionalidade formal oriunda de não-retorno do texto à reapreciação da Câmara dos Deputados, alterado que havia sido pelo Senado Federal. Em seu voto, o ministro Ilmar Galvão fez remissão ao relatório do senador Cid Sabóia de Carvalho, lançado na Comissão de Assuntos Econômicos. Na sequência, fazendo menção às informações prestadas pelo presidente do Senado, disse: “[o] eminente Presidente do Senado, após confirmar o que acima ficou dito⁴²⁴, reiterou que, pelas razões expostas, o projeto não retornou à Câmara.”

Ainda que estas poucas linhas do voto do ministro Ilmar Galvão façam remissão às informações prestadas pelo presidente do Senado no bojo da ADIn 574, não é possível considerá-las como indício dialógico, uma vez que remetem, tão-somente, a um relato quase “jornalístico” do trâmite em que incorreu a lei questionada no âmbito da Câmara Alta. Não há ali, como se nota, qualquer defesa da constitucionalidade dos procedimentos, quaisquer razões ou argumentos a sustentar a adequação da tramitação adotada. Ou seja, também neste caso, não se poderá afirmar que houve qualquer diálogo constitucional.

⁴²⁴ O trecho do relatório do senador Cid Carvalho que fora confirmado pelo presidente do Senado e colacionado pelo ministro relator é o seguinte: “No exame da relatoria, verificou-se no art. 72 um defeito de redação, e por um equívoco redacional, deixou de constar a expressão ‘filhas solteiras’, de tal sorte a relatoria resolve, como emenda de redação, incluir a expressão ‘filhas solteiras’ no art. 7º, item I, porque se trata de um defeito que teria graves consequências e que traía uma legislação, quase secular, exatamente, sobre a matéria.”

Seguindo-se a ordem numérica na análise, o primeiro acórdão em que, ainda que no relatório, um ministro do STF refere os argumentos constitucionais do Congresso Nacional é o da ADIn 609, julgada a 08 de fevereiro de 1996. Com efeito, a ação originara-se em pedido do procurador-geral da República para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do Art. 101 da Lei Federal nº 8.112/90. Lançou o relator, ministro Marco Aurélio:

Aos autos vieram as informações do Presidente do Senado Federal. Em síntese, apontou-se que, em termos constitucionais, não houve alteração de disciplina, consideradas as Cartas de 1946 – artigo 141, §§ 1º e 2º, e a de 1967 – artigo 100, inciso III, com Emenda nº 1/69, artigo 101 e incisos. Daí a Lei nº 8.112/90 haver repetido o texto do § 2º do artigo 78 da Lei nº 1.711/52 – sancionado à luz do Diploma Básico de 1946 - que em momento algum foi alvo de ataque na via concentrada do controle de constitucionalidade. O Congresso Nacional teria atuado em conformidade com o Mandamento Maior. [...]

A despeito dessa expressa manifestação, sequer o relator utilizou o teor das informações prestadas – e isso que seu voto agasalhava exatamente a mesma orientação sustentada pelo presidente do Senado Federal. Assim, seguindo a orientação de nossa metodologia de não considerar dialógica a só menção das razões do Congresso Nacional no relatório do acórdão da ADIn, não é possível considerar ter havido diálogo constitucional nos limites da ação direta de inconstitucionalidade nº 609.

Na ADIn 613, o ministro Francisco Rezek fez constar no relatório que:

Instado a informar, fê-lo o Congresso dizendo tão-só ser a Lei resultante de conversão de medida provisória e que o parecer do relator do projeto de lei de conversão não apresentou qualquer óbice à constitucionalidade da medida. [...]"

Caso tenha sido lacônico, como informa o ministro relator ser, o ofício de informações do Congresso Nacional, realmente pouco restaria a considerar dos fundamentos de constitucionalidade da lei debatida na ação (Lei Federal nº 8.162/91, em seu Art. 6º, § 1º). Não obstante, nada impediria que os ministros do STF buscassem, se assim, lhes aprouvesse, os argumentos lançados nos

pareceres das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania das Casas Legislativas.

Na ADIn 778, relatada pelo ministro Paulo Brossard, em 13 de outubro de 1994, tratou-se de discutir a constitucionalidade de dispositivo da Lei Federal nº 8.270/91 que não estendeu a servidores inativos (vedou a incorporação de) uma determinada gratificação por exercício funcional em zonas de difícil acesso. Sua Exa. menciona, no relatório, que

Vieram aos autos as informações prestadas pelo Presidente do Congresso Nacional esclarecendo que o projeto de lei foi de iniciativa do Poder Executivo e que tramitou por ambas as Casas sem restrição quanto à constitucionalidade da disposição impugnada, o mesmo ocorrendo com relação aos vetos do Presidente da República. Acrescenta que não há discriminação entre servidores ativos e inativos porque a gratificação só é devida aos que exercem suas atividades nas regiões contempladas, fls. 74/75.

Como se nota, *prima facie*, as informações fornecidas pelo Congresso Nacional não se limitaram a narrar as etapas do processo legislativo. Elas adentraram, ainda que minimamente, a discutir o mérito da constitucionalidade da norma atacada na ação. Ainda assim, não há uma sequer consideração, em qualquer dos votos ministeriais, a tais informações, restando esta ADIn 778 também como despida de caráter dialógico interinstitucional.

A sorte do teor das informações prestadas pelo Congresso Nacional foi diversa na ADIn 789 em que, segundo o ministro relator, Celso de Mello:

O Congresso Nacional, ao prestar as informações que lhe foram requisitadas, limitou-se a historiar o desenvolvimento do processo legislativo de que derivaram as normas legais ora impugnadas (fls. 31/128).

Aqui, como se vê, somente com certo grau de iniciativa dos magistrados se poderia perquirir das razões parlamentares em favor da constitucionalidade das medidas ⁴²⁵, averiguado-se-as nos pareceres das Comissões de

⁴²⁵ O que é de lamentar-se, posto que às informações prestadas pelo presidente da República o relator se reportou: “*Impõe-se destacar, neste ponto, tal como salientado pelo Presidente da República em suas informações, [...]*”

Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Tal, contudo, não foi feito.

Na ADIn 790, relator o ministro Marco Aurélio, o relatório trouxe riqueza de detalhes sobre as informações prestadas pelo Senado Federal:

Solicitadas informações aos Requeridos, vieram aos autos as peças de folhas 144 a 148 e 151 a 170. A primeira, subscrita pelo Senador Mauro Benevides, revela que até a edição da Lei nº 8.162/91, os servidores públicos contribuíam conforme a regência decorrente da Lei nº 6.439/77, regulamentada pelo Decreto nº 83.081/79 e alterada pelo Decreto-Lei nº 1.910/81, ou seja, na razão de 6% incidente sobre as respectivas remunerações. Refuta-se a possibilidade de exigir-se, para a instituição de contribuições em geral, lei complementar, remetendo-se ao disposto nos artigos 146, 149, 154, inciso I e 195 da Constituição Federal. Consoante assevera, a própria alíquota de 6%, observada até a edição da Lei nº 8.162/91, foi prevista em legislação ordinária. Impugna-se o que articulado quanto à diferença de percentuais considerado o que percebido pelo servidor. O critério estaria ligado, também, de acordo com as informações, aos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 20 da Lei nº 8.112, de 1991). Da mesma forma, tem-se como impróprio falar-se em irreduzibilidade de vencimentos – artigo 37, inciso XV, da Carta - pois, segundo se afirma, o princípio coabita o mesmo teto dos descontos.

Esta ação tratava da discussão sobre a constitucionalidade do Art. 231, § 1º, da Lei Federal nº 8.112/90 e do Art. 9º da Lei Federal nº 8.162/91, dispositivos que aludiam à contribuição dos servidores públicos federais para o respectivo plano de seguridade social. O pedido foi julgado procedente em parte, fulminando-se apenas o Art. 9º da Lei nº 8.162/91, mas novamente nenhum julgador fez remissão, sequer tácita, aos fundamentos de constitucionalidade lançados pelos legisladores.

As ADIns 829, 830 e 833, julgadas em conjunto, atacam a Emenda Constitucional (EC) nº 2, que alterou a data do Plebiscito sobre a forma e o sistema de governo previsto na CF/88 para 1993. Como a EC promoveu alterações no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o principal argumento dos ingressantes era o da extrapolação dos próprios poderes do Congresso Nacional para modificar o texto do constituinte originário, visto que entendiam ser possíveis Emendas somente ao texto principal da Constituição, mas não às normas transitórias. Como o que estava

em debate era exatamente uma iniciativa do próprio Congresso Nacional, em Emenda de autoria do deputado José Serra, parece que, tanto o legislativo resolveu evidenciar seus argumentos constitucionais, quanto o STF atestar que eles existiram. Veja-se o trecho do relatório do ministro Moreira Alves (que adotou, por seu turno, o relatório da Procuradoria-Geral da República):

Nas informações, o Presidente do Senado Federal descreve a tramitação da proposta de ementa constitucional, de autoria do Deputado José Serra, de que resultou a Emenda impugnada, e juntou cópias dos pareceres e debates em torno de sua constitucionalidade, adotando-os como contra-argumentação dos termos da ação (fls. 66-132).

O Presidente da Câmara dos Deputados, por sua vez, sustenta a legitimidade constitucional da Emenda nº 2, de 1992, sob os seguintes fundamentos:

a) o ato impugnado não infringiu limites formais ou materiais, explícitos ou implícitos, estabelecidos na Lei Maior;

b) as normas que compõem o Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal não constituem cláusulas pétreas, insuscetíveis de modificação, porque não existe limitação nessa matéria no texto constitucional; a tese de sua imutabilidade levaria ao caminho revolucionário para sua modificação, colocando em risco a própria ordem jurídica constitucional, o que não se compatibiliza com a experiência histórica, a revelar que as reformas constitucionais se fazem pela evolução, e não pela revolução;⁴²⁶

c) a EC nº 26, de 27.11.85, conferiu às duas Casas do Congresso Nacional, a partir de 10.02.87, os poderes de Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana; no entanto, não tendo ocorrido ruptura constitucional, a Constituição de 1988 emanou de um Poder Constituinte Derivado, e não do Poder Constituinte Originário, de sorte que podiam ser efetivadas as alterações, resguardadas as cláusulas pétreas.⁴²⁷

Como se vê, além dos argumentos diretamente consignados pelas Casas Legislativas nas informações a fim de sustentar a adequação constitucional da EC nº 02 (e ainda que alguns deles possam parecer um *non sense* jurídico – como a ideia de que a CF/88 é fruto de um poder constituinte derivado), sabe-se que os pareceres elaborados pelo Senado e pela Câmara

⁴²⁶ Não deixa de causar espécie esse argumento da Presidência da Câmara dos Deputados, por evidentemente descolado da consideração dos fatos históricos. Talvez, mesmo, se estiver a tratar apenas do Brasil, isto possa ter algum potencial narrativo.

⁴²⁷ Aqui nova – e maior – perplexidade. Então, seguida a linha de pensamento da então Presidência da Câmara dos Deputados, conclui-se que a Assembleia Constituinte de 1987 não era soberana e não se consubstanciou em poder constituinte originário! Quantas não seriam as mudanças em nosso direito constitucional, e na jurisprudência do STF, se isso fosse considerado verdadeiro.

(por suas CCJCs) foram acostados aos autos. Ou seja, neste caso, para remeter às razões parlamentares, os ministros sequer careceriam de diligências.

O ministro Celso de Mello teceu loas às razões fornecidas pela PGR,⁴²⁸ mas nada disse das razões e dos pareceres parlamentares, como já não o tinha feito o relator e os ministros que o sucederam. O ministro Sepúlveda Pertence ressalta a importância, para sua opinião (ainda que exatamente para dissentir deles), dos pareceres da AGU e da PGR, mas nada diz sobre o que pensavam aqueles que decidiram emendar a Constituição:

Para firmar a conclusão do meu voto, tive a tarefa substancialmente facilitada, ainda que se possa afigurar paradoxal, pela verificação da minha concordância com a quase totalidade das premissas de dois belos trabalhos a que o processo deu margem: a contestação antecipada da Advocacia-Geral da União então, ainda entregue Procuradoria-Geral da República - da lavra do Procurador Gilmar Mendes, e do Subprocurador-Geral Artur Castilho Neto, e o parecer do Ministério Público Federal, da autoria do ilustre Vice-Procurador-Geral, Moacir Antônio Machado da Silva. E, agora, também, com as assentadas no magnífico voto do eminente Relator.

Novamente, nenhum ministro fez qualquer remissão, em seu voto, às razões exaradas e, neste caso, sabidamente fornecidas pelas Casas Legislativas acerca de seus juízos de constitucionalidade da Emenda Constitucional aprovada. Ainda que a ADIn tenha sido julgada improcedente, as motivações dos onze ministros que participaram da sessão desconhecaram solenemente o porquê de os parlamentares terem considerado que sua iniciativa compatibilizava-se com a Constituição Federal de 1988.

A ADIn 837 foi proposta pelo procurador-geral da República e dirigiu-se contra uma série de normas administrativas federais de pessoal que previam formas de provimento derivado de cargos públicos (os chamados “concursos

⁴²⁸ “Dai a observação da douta Procuradoria-Geral da República que, ao aludir à excelente manifestação da Advocacia-Geral da União sobre o tema, acentuou que a possibilidade da alteração da forma e do sistema de governo deve ser entendida ‘como ressalva expressa ao princípio da separação dos poderes’. Tais considerações, no entanto, não se estendem ao mero deslocamento temporal da data de realização da consulta plebiscitária, eis que tal como acentuou a douta Procuradoria-Geral da República – ‘... a simples antecipação do plebiscito (...) não leva imediatamente à implantação da forma e do sistema de governo definidos no plebiscito, razão por que não interfere diretamente no sistema de divisão de Poderes, delineado na Lei Fundamental’.”

internos”), alegando a inconstitucionalidade destas regras frente à previsão constitucional do concurso público como única forma legítima de ingresso às carreiras estatais. Relatou o ministro Moreira Alves que:

A fls. 215 a 218, o Exmo. Sr. 1º Vice-Presidente do Senado, no exercício da Presidência, prestou informações, onde se descreve a tramitação dos projetos de que resultaram as leis objeto da presente ação direta. Na parte final dessas informações se alude o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - o de n. 371 - onde se examinou a questão da constitucionalidade dos institutos da ascensão e da progressão funcional, como se vê a fls. 268:

"15. Finalmente, mesmo estando o tema sub iudice, reiteramos a importância histórica e o conseqüente dever de o Senado Federal dar o exemplo, tomando a decisão que lhe compete, ao deliberar, em síntese:

- a ascensão funcional e a progressão funcional especial são institutos banidos pela Constituição Federal de 1988;

- as progressões funcionais horizontal e vertical, mecanismos de promoção internos a cada carreira, são institutos que não maculam a ordem constitucional."
[Grifo nosso].

Como se vê na parte grifada acima, o próprio Senado Federal, ao prestar as informações, acostou aos autos parecer da sua Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania acerca do tema *decidendum*. Mais que isso: ainda que peculiar o caso, os argumentos elencados foram ao encontro da tese do procurador-geral da República acerca da inconstitucionalidade, dizendo, tal como na parte grifada, que a ascensão funcional e a progressão funcional especial foram banidas do sistema jurídico brasileiro com a CF/88. A despeito disso, o relator nada disse, em suas 24 páginas de voto, acerca do acerto ou equívoco daqueles argumentos. Tampouco se diga que não fez menção às demais peças juntadas, pois alude, por exemplo, aos argumentos do Ministério Público: “[d]ai sustentar, com veemência, a oportuna promoção do Representante do Ministério Público Federal que lastreou a presente demanda de controle abstrato da supremacia da Constituição [...]”

Tem-se aqui, portanto, mais um caso em que, ainda que houvesse farto material disponível nos autos acerca das razões parlamentares de julgamento da constitucionalidade das normas, em nada foram elas reconhecidas pelos

juízes – e saliente-se, *in casu*, que, se usadas, elas ampararia a tese unanimemente vencedora no plenário do STF, que acabou por declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados.

Na ADIn 875, julgada em conjunto com as ADIns 1987, 2727 e 3243, o ministro Gilmar Mendes, relator, resumiu no relatório as razões parlamentares:

Instadas a prestar informações, as autoridades requeridas enfatizaram, de modo geral, afora os argumentos pelo não conhecimento da ação, que não haveria nenhum vício de inconstitucionalidade na LC n.º 62/89, pois, quando o § 2º do art. 2º da referida lei complementar trata do termo "lei específica", não significa que teria reservado o tratamento da matéria a lei ordinária. Ademais, aduzem que os critérios fixados pela lei complementar impugnada objetivaram promover o equilíbrio socioeconômico entre os Estados e entre os Municípios, em conformidade com o disposto no art. 161, II, da Constituição, e não caberia a este Tribunal fixar novos critérios, transformando-se em legislador positivo.

É no julgamento destas ações que surge uma primeira demonstração de que, quando interessante à argumentação do julgador, é possível ir-se atrás dos debates e pareceres parlamentares:

A natureza provisória e o caráter eminentemente político dos índices fixados pela Lei Complementar n.º 62 foram expressamente reconhecidos pelo relator do projeto, Deputado Firmo de Castro, que, nas razões que embasaram a referida proposta, deixou consignado o seguinte:

(...) Optou-se através deste projeto, **de acordo com a sugestão unânime das Secretarias de Fazenda e de Finanças dos Estados, fixar-se, provisoriamente, os coeficientes individuais de participação de cada unidade da Federação no FPE.** Isso porque os parâmetros básicos, população e inverso da renda *per capita*, hoje desatualizados, não proporcionariam o grau de distributividade que todos desejam. Em razão das transformações significativas ocorridas na presente década, as quais estão afetando os perfis especiais de renda e população, **será prudente e benéfico para todos que os critérios de distribuição do FPE sejam revistos em profundidade depois da apuração do censo de 1990, com dados atualizados e melhor avaliados após os dois de vigência do novo sistema tributário, o que também se propõe ocorra com o FPM.**

É evidente que o relatório parlamentar que acima viu-se colacionado pelo ministro Gilmar Mendes na ADIn 875 não dizia respeito à constitucionalidade do projeto de lei, mas ao mérito político, em si, da proposta, o que faz com que não se-o-tenha como evidência dialógica. Serve bem, contudo, à demonstração da clara viabilidade da remissão ao conteúdo da tramitação legislativa da matéria quando se está a discutir a sua harmonia com a Constituição. Nada houve, nas demais páginas do acórdão, que remetesse à produção argumentativa dos representantes do povo.

A ADIn 939 teve, do ministro relator, um voto que iniciou por referir as razões, tanto do Senado, como da Câmara dos Deputados, acerca da tramitação e da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituíra o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Pela alocação tópica das citações, no voto⁴²⁹, poder-se-ia supor que seriam relevantes os debates em torno dos argumentos parlamentares transcritos pelo relator, ministro Sydney Sanches. No entanto, se por um lado as manifestações das duas Casas Legislativas, neste caso, cingiram-se a expor a tramitação legislativa e defender, apenas sob o ponto de vista formal, a constitucionalidade da EC nº 03/93, por outro, nenhum dos ministros votantes fez qualquer menção a elas como base argumentativa. É, aliás, de se questionar que interesse processual poderia haver em defender a constitucionalidade formal de um ato normativo numa ação em que se questiona, somente, o mérito de tal ato. Certamente nenhum.

Na ação analisada em seguida, ADIn 956, as informações prestadas pelo Senado Federal e referidas no relatório foram em sentido diverso e mais abrangente, defendendo materialmente a norma impugnada (no caso, o § 1º do Art. 76 da Lei Federal nº 8.713/93). O relator assim as utilizou no primeiro parágrafo de seu voto nos seguintes termos:

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK (Relator): Uma informação preliminar: tanto o Presidente do Senado quanto o Advogado-Geral da União lembram que a norma impugnada

⁴²⁹ Como dito acima, o só fato de eventual menção às informações parlamentares ser feita no Voto não leva, *ipso facto*, à conclusão de que tenha havido consideração pelas razões do legislativo.

resulta de um projeto de autoria do Deputado José Dirceu, do Partido dos Trabalhadores, que veio agora a ajuizar esta ação direta.

Contudo, como o próprio ministro relator evidenciou em seguida:

Esse fato - e bem o demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República havê-lo ignorado - não tem nenhuma influência sobre a questão jurídica em mesa; nem temos elementos para saber se o projeto, quem quer que tenha sido seu autor, foi adotado sem modificações. De qualquer modo não teria influência.

Caberiam duas considerações. A primeira, que é evidente que, se assim quisesse, poderia facilmente diligenciar o ministro para saber se houve ou não alteração de texto entre a proposição inicial e a versão final aprovada. A segunda, que, se não teria qualquer influência no julgamento (que acabou concluído pela improcedência do pedido), a menção à pertença do parlamentar autor do projeto de lei que redundou no dispositivo, após impugnado pela agremiação deste parlamentar, parece servir, tão-somente, a produzir uma ilação acerca da contradição em termos que isto significaria. Não fora isto, realmente não haveria porque o relator produzir a “observação”.

Adiante, contudo, quando inicia por debater efetivamente o mérito da ação, o ministro Rezek denota efetiva consideração pelas razões expostas pelo Senado:

Penso que na singeleza extrema da página e meia com que o Presidente do Congresso Nacional nos prestou informações está sumariada a questão jurídica e proposto o seu adequado deslinde. Cuida-se, aqui, de algo patrocinado pelo Estado. Algo que os proprietários dos sistemas privados de televisão poderiam entender custeado por eles, mas que sabemos que em última análise é patrocinado pelo Estado e, pois, bancado pela sociedade no seu conjunto. É, portanto, um domínio completamente estranho àquele do coreto, da praça pública, da tribuna, dos ambientes onde, ao vivo, cada pessoa manifesta livremente seu pensamento por sua própria conta. É um contexto diverso também daquele em que quem fala tem o domínio do meio de comunicação que utiliza, ou é aceito por quem tem tal domínio, obedecidos alguns limites legais.

Estamos aqui num quadro completamente outro: o horário caracterizado pela gratuidade, oferecido pelo Estado aos partidos e candidatos para a campanha, para a propaganda que precede o embate eleitoral. Se ao menos

estivéssemos falando do art. 17-§3º da Constituição, que diz que os partidos têm acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, poderia fazer algum sentido a tese de que aí se há de exercitar, do modo mais amplo, a liberdade de manifestação do pensamento, cabendo à lei apenas regular a forma e não o conteúdo. É que para os horários de que dispõem os partidos ano a ano existe uma sede constitucional, e seria no mínimo digna de análise a tese de que essa sede constitucional condiciona a liberdade do legislador para estabelecer critérios ou limites. [...]

Nos termos do parecer do Procurador-Geral da República, meu voto é pela improcedência da ação direta. [Grifo nosso].

Assim, neste caso não só o ministro relator mencionou as razões apontadas pela Casa do Congresso Nacional para defender a constitucionalidade da lei, como foi ao extremo de concordar com elas e adotá-las como motivação para decidir. Aqui não resta dúvida, portanto, de que os parâmetros que traçamos acerca dos diálogos constitucionais estão satisfeitos e que, assim, contabilizaremos este acórdão da ADIn 956 como exemplar dialógico.

Seguindo-se a análise pela ordem de recebimento no STF, a próxima é a ADIn 958, relator o ministro Marco Aurélio. Disse ele no relatório:

[...] Solicitadas informações, vieram aos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 958 as peças de folhas 37 a 39 e 76 a 86. A primeira, de autoria do Presidente do Congresso Nacional, consigna que o dispositivo apontado como inconstitucional já constava do projeto originário que, aprovado na Câmara com ligeira alteração de forma, foi remetido ao Senado, cuja Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania pronunciou-se pela constitucionalidade e juridicidade. Registra ainda o equívoco do Requerente ao trazer a debate o tema da elegibilidade, já que diz respeito a condições das pessoas que aspiram a cargos eletivos e não à capacidade do Partido para indicação de candidatos a esses mesmos cargos. Argumenta-se que inexistente preceito na Constituição que impeça a imposição por lei ordinária de critérios a serem satisfeitos pelo Partidos Políticos, para efeito de apresentação e registro de candidatos a vários postos eletivos.

Fácil perceber-se que a peça de informações apresentada pela Presidência do Congresso Nacional consubstanciou-se em verdadeira defesa de mérito do texto legal impugnado, no caso, Art. 5º da Lei Federal nº 8.713/93.

Nem por isso, contudo, houve qualquer menção a tais razões no voto de qualquer dos magistrados.

O mesmo se diga das informações prestadas no âmbito da ADIn 994, cujo relator, ministro Néri da Silveira, assim lançou em seu relatório:

O Presidente do Congresso Nacional, por sua vez, em resposta ao pedido de informações, esclareceu (fls. 62/63):

“O dispositivo se originou da Emenda nº 13, do Plenário, ao art. 232 do Substitutivo oferecido ao Projeto de Lei da Câmara nº 11, de 1992 – Complementar (docs. 1 e 2).

Fundou-se no fato de que os membros do Ministério Público da União, do sexo masculino, tiveram uma redução de cinco anos no prazo de sua aposentadoria, relativamente aos demais servidores públicos. Entretanto, as mulheres integrantes do Ministério Público não tiveram redução nenhuma em relação às demais servidoras públicas (arts. 129, § 4º, 93, VI, e 40, III, "a", da Constituição Federal), vigorando para ambas o prazo de trinta anos.

O Congresso Nacional entendeu resultar da própria Carta Magna a estipulação de prazos de aposentadoria diferentes, conforme se trate do homem ou da mulher (art 40, III, "a", citado).

Além disso, ao nosso sentir haveria inobservância do princípio de igualdade se o tratamento concedido ao representante do sexo masculino (redução de cinco anos para aposentar-se) não se estendesse também à mulher em situação idêntica, ou seja, membros do Ministério Público da União". [Grifo nosso].

Na ADIn 997 discutia a constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Lei Complementar Federal nº 78/93, no tocante às balizas ali existentes acerca do número máximo e mínimo de representantes de cada Estado à Câmara dos Deputados. Ocorre que estas normas da Lei Complementar reproduzem regras da própria Constituição em sua redação original, então, para invalidá-las ter-se-ia de admitir que pode haver inconstitucionalidade no texto do constituinte originário. O relatório do ministro Moreira Alves mencionou argumentos do Congresso Nacional para sustentar a constitucionalidade da lei:

A fls. 110 e segs., o Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional prestou as informações solicitadas. Nelas se salienta:

“Toda a argumentação carreada pelo Requerente objetiva demolir o art. 45 da Constituição Federal, sem cujo apoio a Lei Complementar n. 78/93, ao seu

entender, entraria em colisão com os arts. 5º, 14 e 60, IV, da Lei Maior.

De toda evidência, portanto, que a presente Ação de Inconstitucionalidade não pode prosperar a não ser que esse Pretório Excelso venha a retirar o art. 45 do contexto da Constituição Federal de 1988, como conseqüência de eventual julgamento favorável da ADIN 815-3/600 a que se reporta o Requerente.

A Lei Complementar n. 78/93, ora atacada, é inquestionavelmente o reflexo literal das disposições da Carta de 1988 (art. 45 e seus parágrafos) e, por tal razão, sem qualquer vício de inconstitucionalidade, pelo menos no contexto constitucional vigente." (fls. 111/112)

Apesar de os fundamentos apontados pelo ministro Moreira Alves para decidir tenham sido exatamente aqueles arrolados pelos legisladores (não só por eles, mas pela Presidência da República e pelo procurador-geral da República) em suas informações, não fez o julgador qualquer remissão a eles em seu voto.

A Lei Complementar Federal nº 75/93 versa é a orgânica do Ministério Público da União. O próprio procurador-geral da República intentou a ADIn 1040 questionando o Art. 187 desta lei, pelo qual seriam necessários dois anos, após a formatura em direito, para que candidato pudesse inscrever-se no concurso de provimento de cargos na carreira do Ministério Público. Disse o ministro Néri da Silveira, em seu relatório:

Solicitadas as informações ao Congresso Nacional, vieram aos autos com o ofício de fls. 34/35, em que assinala (fls.35):

"Ora, os dois anos exigidos pela lei destinam-se exatamente à aplicação prática dos ensinamentos colhidos nos bancos acadêmicos, de modo a assegurar a seleção de um profissional competente tanto do ponto de vista teórico como do ponto de vista prático, para o desempenho profícuo, desde logo, do árduo ofício de representante do Ministério Público.

E o texto da Lei Maior não fecha caminho à legislação ordinária quanto a este objetivo: no art. 5º, I, ficou consignado que a lei poderia estabelecer as qualificações profissionais necessárias ao livre exercício das profissões, do mesmo modo que o art. 37, I, deixa a cargo da lei a estipulação dos requisitos de que dependerá o acesso aos cargos e funções públicas.

Ora, ao exigir dois anos, no mínimo, de habilitação profissional para poder candidatar-se aos cargos do ministério Público, é evidente que a Lei Complementar nº

75 estaria, tão-somente, dando cumprimento aos comandos constitucionais citados (art. 5º, I, e 37, I), exigindo requisito necessário ao desempenho de cargo público, justificado pela lógica de que o período de dois anos, aproveitados nos objetivos da profissão, assegurariam a seleção de um candidato nas condições que a carreira do Ministério Público realmente viria a requerer.

Cabe ressaltar, nesta oportunidade, que o projeto de lei que deu origem à Lei Complementar nº 75 de 1993, foi preparado pelo próprio Ministério Público da União, resultado do trabalho de comissão especialmente designada pelo então Procurador-geral da República, hoje Ministro dessa Suprema Corte, Doutor José Paulo Sepúlveda Pertence.

O art. 187, ora acoimado de inconstitucional, já se encontra *ipsis litteris* no projeto originário e não sofreu qualquer restrição durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional.”

Novamente, neste caso, o legislativo não se resumiu a prestar informações apenas sobre a tramitação legislativa, mas defendeu o mérito constitucional do dispositivo questionado. Nenhuma linha houve, contudo, sobre a força ou fraqueza de suas razões nos votos posteriormente proferidos, ainda que tenham vindo exatamente no sentido de cancelá-las.

É na ADIn 1103 que ressaí o segundo exemplo de postura dialógica encontrada na pesquisa empírica. Em seu voto, o relator, ministro Néri da Silveira, assim afirmou:

Significativas são também as informações do Congresso Nacional, às fls. 38/39, **verbis**:

“A argüição funda-se em que o referido dispositivo contém ofensa aos arts. 195, § 4º, e 154, I, da Lei Maior.

Entretanto, a Requerente deixou de indicar os argumentos demonstrativos de que a exigência de contribuição sobre "a receita bruta proveniente da comercialização" da produção da empresa agrícola, não corresponde a contribuição sobre "faturamento" uma das fontes de recurso explícita do art. 195, I, da Constituição.

Ora, o dispositivo atacado tem sua origem, fundamentalmente, na Emenda nº 039, do Deputado José Múcio Monteiro, em cuja justificativa ficou assentado tratar-se de contribuição sobre faturamento. Exatamente por essa circunstância é que o Congresso Nacional admitiu aprová-la e incluí-la no Projeto de Conversão de Medida Provisória nº 446, de 1994 (doc. 1).

Destacamos, a propósito, o texto que assinala o balizamento do Congresso Nacional, ao aprovar o dispositivo ora em discussão:

"Convém ressaltar que a matéria contida na Lei Complementar de nº 70 não é própria desse instrumento legal. Como se sabe, somente é necessário recorrer à Lei Complementar quando a Constituição Federal assim o determine. No caso da contribuição sobre o faturamento, assim como a contribuição sobre a folha de salários e a contribuição sobre o lucro líquido, tem fundamento no caput do artigo 195 da Constituição Federal, não exige Lei Complementar para o tratamento de matéria. Lei Complementar exige o § 4º do referido artigo, que somente se aplica a outras contribuições que não aquelas incidentes sobre o faturamento, o lucro e a folha de salários. Além do mais, se a contribuição sobre o faturamento tivesse por respaldo o § 4º do artigo 195, seria ela inconstitucional, porque, não obstante ter sido veiculada por Lei Complementar, ela é cumulativa. Desobedeceria assim o artigo 154 da Constituição Federal, cujo cumprimento é determinado pelo referido § 4º do artigo 195. Como conseqüência a Lei Complementar nº 70 tem eficácia de Lei Ordinária e por Lei Ordinária pode ser modificada"."

E disse, ao final de seu voto, o ministro José Néri:

Não vejo, destarte, fundamento, diante do sistema do art. 195, I, da Constituição, para acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 25 e § 2º, da Lei nº 8870/1994, qual bem o anotou a Procuradoria-Geral da República, em seu parecer pela improcedência da presente ação. Desde a origem do dispositivo **e sua discussão no âmbito do Congresso Nacional**, até a inteligência a emprestar-se às regras impugnadas dentro do sistema da seguridade social em vigor, nada autoriza retirar o enquadramento das normas atacadas do âmbito do art. 195, I, da Constituição, dando-se, pois, a contribuição social em referência como baseada no faturamento das empresas em apreço, segundo a definição legal estabelecida.

De todo o exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Em suma, o relator considerou, colacionou e concordou com as razões do parlamento levantadas quando da promulgação dos dispositivos atacados da Lei Federal nº 8.870/94. O ministro Ilmar Galvão, na mesma ação, também fez menção, em seu voto, às informações prestadas pelo Congresso Nacional

para amparar seu ponto de vista.⁴³⁰ Ambas as manifestações subsumem-se às balizas estipuladas, eis o porquê de contabilizá-las, como estão na ADIn 1103, à guisa de diálogo constitucional.

Na ADIn 1194 buscou-se a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), dentre eles o § 2º do Art. 1º, que diz, *verbis*: “[o]s atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.” O ministro Gilmar Mendes pediu vista e trouxe, quando novamente pautado o julgamento, longo voto-vista em que discorreu sobre o princípio da proporcionalidade no direito alemão⁴³¹. Alegava, em suma, que a corte constitucional deveria ter competência para dizer se uma determinada lei estava ou não construída de forma a atingir da forma mais adequada possível os fins a que se propunha. E, usando a teoria ao preceito atacado na ADIn, afirmou:

Penso que, no caso em exame, também estamos diante de um evidente erro de prognóstico do legislador, pois não há qualquer demonstração convincente no sentido de que a restrição imposta implicará efetivamente maior correção dos atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas. A lesão ao princípio da proporcionalidade é flagrante.

Em verdade, tem-se aqui um caso antológico de lei arbitrária, especialmente no sentido de **ausência de razões formais ou materiais que sustentem a decisão legislativa,**

⁴³⁰ Nos seguintes termos: “Também foi ouvido o Congresso Nacional que, por sua Presidência, informou haver a emenda sido aprovada por tratar-se de contribuição sobre faturamento que, a exemplo do que também ocorre com a contribuição sobre folha de salários e sobre o lucro, tem fundamento no **caput** do art. 195 da Constituição, que não exige lei complementar para o trato da matéria.”

⁴³¹ É antológico o seguinte excerto do voto do ministro Eros Grau na ADIn 1800: “**O SENHOR MINISTRO EROS GRAU:** Senhora Presidente, vou acompanhar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Mas observo que não inteiramente pelos argumentos de S.Exa., porque, como já afirmei mais de uma vez, não faço adesão à questão da proporcionalidade. Não existe constitucionalidade ou inconstitucionalidade segundo o princípio da proporcionalidade. Esse é um ponto, no meu modo de ver, fundamental. Afirmo e reafirmo que julgamos a constitucionalidade, não a proporcionalidade das leis. Tenho insistido nisso. Eu me recuso a tomar a proporcionalidade como critério de apreciação de qualquer causa que não envolva especificamente a aplicação, a um caso concreto, de determinadas conseqüências jurídicas. Não no controle abstrato. Faço registrar essa observação - para todo o sempre. **No futuro, quando alguém vier a escrever sobre o Tribunal, saberá que jamais concordei em participar do controle da razoabilidade ou proporcionalidade das leis. [...]** [Grifo nosso]. Esta é, sem dúvidas, uma postura de deferência ao juízo de mérito parlamentar.

tal como desenvolve a jurisprudência espanhola. [...] [Grifo nosso].

A sua exa., o ministro Gilmar Mendes, disse não haver razões que sustentassem a decisão do legislador brasileiro. Afirmou isso e foi socorrer-se, ato contínuo, na jurisprudência espanhola (?!). Não deveria, para que sua conclusão fosse embasada em fatos, recorrer aos debates parlamentares de nosso Congresso Nacional quando da tramitação do projeto de lei que originou o Estatuto da OAB? Não deveria localizar nos pareceres das CCJCs das Casas Legislativas e nas razões por elas fornecidas nas informações da ADIn quais os motivos pelos quais tantas mentes inclinaram-se em conclusão diversa à sua? Não o fez, contudo. Ao contrário, sem qualquer remissão às motivações expressadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ele fecha seu voto, no ponto, dizendo que:

Conforme já exposto, a partir do exame de proporcionalidade, cabe concluir que não há razões substanciais que demonstrem a adequação ou necessidade da norma impugnada.

Ao contrário, em manifesto abuso do poder de legislar, tal norma estabelece regra que restringe a liberdade de associação em favor da garantia de um interesse meramente privado da classe dos advogados.

Como se pode saber se há ou não razões substanciais sem consultar quem decidiu? É elementar, em direito, que o fundamento ontológico da existência do contraditório, da ouvida da parte que agiu ou omitiu-se, é crucial para que se encontre a verdade (processual). A motivação do agir de alguém pode ser, como o é em muitos casos, a linha divisória entre a culpa e sua ausência, entre o crime e a conduta albergada pela excludente de ilicitude. Então não parece aceitável que um julgador afirme tão categoricamente inexistirem razões para esta ou aquela decisão parlamentar sem que se digne a consultá-las em suas fontes apropriadas. O debate seguiu-se:

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** – Uma lei arbitrária assim, não há nenhuma justificativa racional. Ela impõe uma limitação sem razão plausível. É uma lei arbitrária.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Por quê?

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - Fere o princípio da proporcionalidade, notoriamente .

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Através do voluntarismo de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro **GILMAR MENDES** - Não, que voluntarismo? Através da prova que foi dada.

O Sr. Ministro **NELSON JOBIM** (Presidente) - Prova de quem? Qual é a prova? [...]

O SENHOR MINISTRO **NELSON JOBIM** (PRESIDENTE) - Também acompanho o Ministro-Relator Maurício Corrêa. E as razões já foram expendidas pelo Ministro Celso de Mello e, inclusive, pelo Relator.

Entendo que, neste caso, estamos assistindo aqui nada mais que a tentativa de trazer para o Congresso Nacional uma derrota que esta organização nacional fortíssima [Confederação Nacional da Indústria, requerente da ADIn] teve naquela casa legislativa. Quero lembrar que fui o Relator da lei, e houve uma imensa discussão sobre esse assunto, portanto, a proporcionalidade referida com tanta adjectivação pelo Ministro Gilmar Mendes foi amplamente debatida na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.⁴³² [Grifo nosso]

Como se vê pelo debate e voto do ministro Nelson Jobim, havia razões dadas pelo Congresso Nacional para sustentar a constitucionalidade dos dispositivos – e elas foram dadas pelo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tal como sustentado pelo roteiro metodológico aqui empregado.

Não bastassem todas as referências do ministro Jobim, o próprio relator, ministro Maurício Corrêa, fez expressa remissão ao parecer da CCJC do

⁴³² O debate assim ainda seguiu-se: “O SENHOR MINISTRO **GILMAR MENDES** – Não acredito que com essa profundidade. O SENHOR MINISTRO **NELSON JOBIM** (PRESIDENTE) - Então, eu preferiria ficar ao lado dos advogados e não ao lado da poderosa Confederação Nacional da Indústria, que, para tanto, o Ministro Gilmar Mendes teve de recorrer a um juízo de admissibilidade, a um juízo de proporcionalidade, com toda aquela adjectivação típica do essencialismo alemão, que, ao fim e ao cabo, bate no positivismo do nosso Júlio de Castilhos, quando a Constituição rio-grandense assegurava a liberdade absoluta do exercício profissional, independentemente de titulação. Tínhamos, no Rio Grande, a instalação de diversos médicos, enfim, que mudavam de profissão conforme os interesses. E isso surgiu exatamente para proteção daquilo que foi dito claramente pelo Ministro Celso de Mello, que são condições para os atos públicos de realização de registros. Ou seja, não há nenhuma inconstitucionalidade e nenhuma tentativa de destruir e desconstituir aquilo que foi a origem do debate parlamentar. A discussão real posta aqui - real no sentido do mundo e não no sentido das abstrações – é exatamente um conflito que há de um poderoso conjunto de personalidades que quer reduzir espaços para o exercício de determinadas profissões. Isto está claro e posto. As pequenas empresas - inclusive me acorriam quando era Presidente da Ordem dos Advogados - assessoravam-se através das pequenas empresas sem o menor problema. O problema está exatamente nas empresas grandes, e é isso que está em jogo aqui na discussão. São as grandes alterações, as grandes coligações, conjunções e fusões hoje existentes. Estou mostrando que o juízo de proporcionalidade de Vossa Excelência é fora do mundo.”

Senado, quando da análise da norma questionada (§ 2º do Art. 1º do Estatuto da OAB):

Da mesma forma, não cabe alegar que "partes de atos jurídicos e contratos da mesma significação jurídica daqueles [atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas], ou de maior abrangência, ficam dispensados da observância de semelhantes requisitos" (inicial - fl. 14). É que, se por um lado, a importância do registro das pessoas jurídicas advém da segurança dos que com elas tratam, por outro, a interferência do advogado exsurge com indiscutível relevância da minimização da possibilidade de enganos e fraudes, "o que é resultado de alto sentido social", conforme salientou a Comissão de Constituição e Justiça do Senado, no parecer elaborado durante a tramitação do projeto que se transformou no Estatuto do Advogado (apud parecer do MJ, fl. 88).

Por estas remissões todas, que dão, efetivamente, considerável valor às posições dos parlamentares sobre a interpretação constitucional, é plenamente enquadrável o acórdão desta ADIn 1194 na categoria de dialógico tal como balizada neste trabalho.

A ação seguinte é a de nº 1231. Ela objetivava, por iniciativa do Conselho Federal da OAB, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Federal nº 8.985/95, que concedeu anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994 por práticas de ilícitos eleitorais que tivessem relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal e desde que efetuassem o ressarcimento dos serviços individualmente prestados, na conformidade de tabela de preços para reposição de custos aprovada pela Mesa do Senado Federal, excluídas quaisquer cotas de gratuidade ou descontos. Foi julgada, não obstante, improcedente.

O relator, ministro Carlos Velloso, fez menção expressa às informações prestadas pelo presidente do Senado, senador José Sarney, no relatório. Além disso, fez questão de basear parte de sua decisão de mérito, já no voto, nas razões aportadas pelo Congresso Nacional aos autos da ADIn, nos seguintes termos:

É dizer, hoje, qualquer sanção, qualquer pena, aplicada com fundamento na lei, é anistiável. Com propriedade, escreve o advogado Saulo Ramos, na peça de defesa que ofereceu em nome do Congresso Nacional:

"(...)

8.1. *Toda a sanção aplicada com fundamento na lei pode ser objeto de anistia, desde que concedida igualmente pelo legislador que editou norma punitiva. Não há, no direito e na tradição, nenhuma reserva contra o ato de perdão legislativo, que substituiu o medieval ato do príncipe, porque, no mundo moderno, é de competência do príncipe dos príncipes, o parlamento que representa o povo – **Beneficium imperatoris quod a divina scilicet indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.**' (Joveleno, no D., Liv. I, tí. 4º).*

8.2. *Nas alterações constitucionais provocadas pelos militares, no recente passado brasileiro, distinguiu-se, no próprio texto, entre anistia comum e anistia especial. A comum destinava-se a perdoar infrações penais em geral, sanções administrativas, tributárias, trabalhistas, contratuais, e a especial apenas os crimes políticos. A distinção criada pela doutrina foi levada para o texto constitucional para reservar-se ao Presidente da República a iniciativa exclusiva dos projetos de lei propondo anistia de crimes políticos, a anistia especial. A proposta de anistia comum era de competência concorrente, tanto os parlamentares, como o Presidente, tinham a iniciativa do projeto respectivo.*

8.3. *A Constituição de 1988, no art. 48, inciso VIII, eliminou a distinção e hoje todos os tipos de anistia estão compreendidos nessa clássica palavra grega, sem qualquer adjetivação em nosso texto constitucional.*

(...)." (Fl. 65)

Eis, portanto, mais um exemplo, o quarto – seguida a ordem estipulada – de ocorrência de postura dialógica por parte do plenário do STF.

No relatório da ADIn 1377, o relator, ministro Octavio Gallotti, reproduziu seis alentadas páginas do ofício de informações enviado pelo presidente do Senado, em que postava a defender a constitucionalidade da frase "ressalvada a filiação", constante do item V do art. 44 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), atacada pelo procurador-geral da República, que entendia inconstitucional a atividade partidária de membros do *parquet*. Em conclusão destas informações, dizia o senador:

5. Com relação à Lei nº 8.625, no dispositivo ora atacado, adotou o Congresso Nacional postura idêntica à da Lei Complementar nº 75/93: deu aos membros do Ministério Público Estadual o mesmo tratamento dispensado aos da União. Se, no caso do Ministério Público Federal, essa diretriz implica obstáculos ao perfeito desempenho das funções dos

seus Membros, a própria Carta Magna aponta o caminho da correção, ao dar competência ao Procurador-Geral da República quanto à iniciativa de Lei Complementar sobre "a organização, as atribuições e o estatuto" do Ministério Público da União (art. 128, § 5º).

6. Logo, no âmbito do Ministério Público dos Estados e Territórios Federais, objeto da Lei nº 8.625/93, o instrumento adequado para a remoção do alegado obstáculo também seria a alteração da lei, para ajustá-la aos reclamos da realidade emergente.

A ação direta de inconstitucionalidade não se presta, evidentemente, para adaptações da espécie mas, sim, para ataque a leis que conflitem com a Carta Magna - o que, data venia, não é o caso sub judice." (fls. 36/8)

O legislativo não só defendeu o mérito constitucional do dispositivo vergastado, como ainda alegou a adoção de via incorreta por parte do chefe do Ministério Público, que queria inovar em relação às vedações dos membros de sua instituição, uma vez que o adequado teria sido a proposta de um projeto de lei ao Congresso Nacional, permitindo que mesmo debatesse e promovesse democraticamente as alterações demandadas na Lei Federal nº 8.625/93. Apesar do conjunto abrangente de argumentos constantes no relatório, nenhuma menção a tais razões foi feita por qualquer dos ministros em seus votos.

Nas ADIns 1459, 1465, 1539, 1570, 1571 e 1582, houve informações prestadas pelo Congresso Nacional, mas não a respectiva atenção por parte dos ministros do STF. Em quase todas elas, à exceção das ADIns 1465 e 1539, os relatores e outros ministros se reportaram expressamente, por exemplo, aos argumentos da Procuradoria-Geral da República, seja para com eles concordar, seja para impugná-los. Logo, não se trata de um manejo exclusivo de razões alheias ao processo, mas de uma decisão de privilegiar determinadas peças em detrimento daquelas fornecidas pelo legislativo (para não cogitar de diligenciar pelos pareceres das CCJCs das Casas Legislativas).

Em seu voto na ADIn 1600, o relator, ministro Sydney Sanches, fez expressa remissão a trecho do ofício de informações do Senado Federal. Tal excerto, contudo, ainda que tendo tomado uma página e meia do voto de sua exa., não pode, segundo os critérios desenhados aqui, ser considerado uma manifestação de postura dialógica, porquanto resumiu-se a relatar aspectos da

tramitação legislativa do projeto que redundou nos dispositivos da lei federal atacada nesta ADIn (Lei Complementar nº 87/96). Assim, não tendo havido qualquer consideração, nas 196 laudas do acórdão, pelos motivos que levaram o Congresso Nacional a entender constitucionais os tópicos impugnados da lei, não é este julgamento classificado como caso de diálogo constitucional.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e o Partido dos Trabalhadores (PT) intentaram ação direta de inconstitucionalidade com vistas a declaração de invalidade do § 4º do Art. 35 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pelo qual somente é autorizado o funcionamento de até cinco Comissões Parlamentares de Inquérito concomitantemente. Argumentam os requerentes que esta regra conflitaria com o § 3º do Art. 58 da Constituição Federal e que o regramento do Regimento Interno impediria o exercício de prerrogativas das minorias parlamentares. O relator, ministro Maurício Corrêa, expendeu duas páginas do relatório com menções e citações às informações enviadas pelo presidente da Câmara dos Deputados, dep. Michel Temer, sustentando a constitucionalidade do dispositivo, sumamente quanto ao mérito substantivo. Ainda assim, e talvez com uma maior gravidade por tratar-se o tema decidendo de questão diretamente vinculada com o funcionamento do próprio legislativo, não houve uma sequer menção dos ministros aos argumentos da Presidência da Câmara dos Deputados, ainda que a ação tenha sido julgada – no interesse daquela Casa Legislativa – improcedente por maioria.

Na ADIn 1643, o mesmo ministro Maurício Corrêa arrolou os diversos argumentos preliminares e de mérito do Congresso Nacional para negar a inconstitucionalidade do inc. XIII do artigo 9º da Lei Federal 9.317/96, que vedava a opção pela tributação do “Simples” a diversas categorias de profissionais liberais. Porém, quando de seu voto, fez diversas menções aos argumentos da Presidência da República e do procurador-geral da República, sem, contudo, remeter-se ao que dissera o presidente do Congresso Nacional para sustentar seu ponto de vista.

Ainda sob a relatoria do ministro Maurício Corrêa, agora trata-se da ADIn 1649. Nela, PT, PDT, PCdoB e PSB atacaram os artigos 64 e 65 da Lei Federal

nº 9.478/97, que permitiram à Petrobras constituir subsidiárias *lato sensu*, sem a necessidade de uma lei específica para cada uma delas. Dentre as muitas razões arroladas pelo relator para julgar improcedente o pedido da ação, ele pontuou a seguinte:

19. Aliás, a mesma dúvida que assalta os autores foi objeto de análise do relator do projeto que se converteu na Lei 9478/97, quando da sua votação na Câmara dos Deputados, oportunidade em que pôde concluir que *"a autorização prevista no art. 63 do Substituto não é autorização genérica, mas permissão específica para que a Petrobrás desenvolva as atividades relacionadas com o monopólio da União **também mediante constituição de subsidiárias**, de modo a ficar dotada de ampla flexibilidade empresarial, para competir e associar com outras empresas, cujos investimentos se pretende atrair."*

O parlamentar o qual o ministro Corrêa refere é o deputado Eliseu Resende, que foi relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 1.210/95, que *"dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a sociedade por ações Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima"*. Esta Comissão Especial foi criada porque o projeto de lei foi distribuído a mais de três comissões o que, segundo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, redundava em unificação dos trabalhos em um único colegiado (Art. 34, II e 139, V). O parecer referido no acórdão da ADIn 1649 fez as vezes, inclusive, de opinião sobre a constitucionalidade do projeto de lei, substituindo, no caso, a manifestação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, como prevêem o inc. IV do Art. 53 e o inc. III do Art. 54, ambos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Do que, pode-se concluir, houve remissão expressa, no voto do ministro relator, às razões pelas quais o Congresso Nacional entendeu constitucional o texto dos dispositivos impugnados⁴³³, o que permite catalogar o acórdão como auferindo potencial dialógico, o quinto caso até aqui.

⁴³³ Confira-se o tópico pertinente do relatório do dep. Eliseu Resende: "[...] 33) Diante da controvérsia relacionada com a constitucionalidade do art. 65, tendo em vista o que dispõe o art. 37 da Constituição, o Relator expõe abaixo as razões que orientaram sua proposição final. a) Esse dispositivo foi proposto pelo Poder Executivo de forma muito mais abrangente. O Substitutivo atribui-lhe nova redação e se limita a autorizar a PETROBRÁS a criar subsidiárias no caso específico do 'estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo', ou seja, no caso específico de atividade incluída no monopólio da União,

É de se remarcar a manifestação do ministro Nelson Jobim em seu voto de relator na ADIn 1800, que em que os notários impugnavam dispositivos de lei que garantiam a gratuidade das certidões de nascimento e óbito. Disse o ministro Jobim:

Concluo pela falta de plausibilidade do direito alegado.

Não desconheço os problemas que a gratuidade causa e causará à prestação dos serviços, da competência dos Estados Federados.

No entanto, não é pela via da declaração de inconstitucionalidade ou da interpretação conforme que os problemas podem ser solucionados.

A via é outra.

O local competente, também é outro. [...]

Juigo improcedente a ação.

É o voto.

[Grifo nosso]

*cuja realização, a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 9, pode ser contratada com empresas estatais ou privadas. b) O inciso XX do art. 37 da Constituição Federal manda que: 'Art. 37 xx. **Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação das subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;**' O disposto no texto constitucional gera controvérsia porque a expressão 'em cada caso', tanto pode se referir a cada ato de criação de subsidiária, quanto 'a cada uma das entidades mencionadas no inciso anterior'. No entanto, a dúvida parece não existir pela leitura do inciso anterior, ou seja, o inciso XIX, do mesmo artigo: 'Art. 37. XIX. **somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;**' Com efeito, se a intenção fosse exigir autorização legislativa específica, caso a caso, para a criação de subsidiárias de empresas estatais, bastaria adicionar a expressão 'e suas subsidiárias' no próprio texto do inciso XIX. Assim sendo, não parece aceitável a interpretação que conduza a concluir que o disposto no inciso XX, em matéria de criação de subsidiárias, seja de teor idêntico - porém com outras palavras - ao que dispõe o inciso XIX do mesmo artigo, no que concerne à criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Pode-se concluir, portanto, que a autorização prevista no art. 65 do Substitutivo não é autorização genérica, mas permissão específica para que a Petrobrás desenvolva as atividades relacionadas com o monopólio da União também mediante constituição de subsidiárias, de modo a ficar dotada de ampla flexibilidade empresarial, para competir e associar com outras empresas, cujos investimentos se pretende atrair. c) Registre-se como precedente, ainda, que essa permissão específica já foi atribuída pelo Congresso Nacional às empresas estatais do setor elétrico, pela aprovação da Lei nº 9.074, de 1995, sem que a controvérsia da constitucionalidade tenha, à época, sido suscitada. De igual modo, e por certo segundo a mesma interpretação, o Poder Executivo acaba de encaminhar à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei que regulamenta a quebra do monopólio das telecomunicações, contendo dispositivo semelhante. Torna-se, assim, desejável que o Poder Legislativo tenha consistência em suas decisões sobre questões afins, como no estabelecimento do novo quadro regulatório para os setores de infra-estrutura. [...]" Disponível em http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=902D20A601A583D2E09E3F0A69296561.proposicoesWeb2?codteor=1133328&filename=Dossie+PL+1210/1995, acesso em 26/12/2015.*

O excerto é digno de nota pela clara e direta crítica que fez o relator à tentativa da requerente de utilizar-se de ação direta para alterar decisões políticas tomadas em âmbito legislativo.

Ainda se diga que, no bojo do acórdão desta ADIn 1800, o ministro Marco Aurélio fez menção ao parecer da Câmara dos Deputados pela inconstitucionalidade dos dispositivos atacados. Mas sua exa. não declinou qualquer dos argumentos que estariam presentes ou não para chegar a esta conclusão, não os utilizando, até por isto, como apoio ou para rechaço. Eis porque não considerar o gesto como denotador de diálogo constitucional.

A próxima ação digna de nota aqui é a ADIn 1998. Nela, o PDT impugnou os artigos 6º da Lei 9.648/98 e 6º da medida provisória 1819-1/99, ambos por supostamento conferirem às empresas estatais em processo de privatização prazos alongados para levantar balanços, o que conflitaria com diversas normas constitucionais, sobretudo as do Art. 173, § 1º, II e § 2º da Constituição Federal, que vedam privilégios a tais empresas que não sejam extensíveis às da iniciativa privada. O relator da ação, ministro Maurício Corrêa, sustentou seu voto, sobretudo, nas informações prestadas pelo legislativo. Disse o magistrado

5. A esse respeito, transcrevo trecho constante das informações prestadas pelo Congresso Nacional (fl. 97), que sintetiza de forma clara a questão:

"Sabe-se perfeitamente que um processo de privatização não é feito da noite para o dia, sendo necessário lapso temporal bastante para elaborar o edital de licitação - em que o balanço da empresa é peça primordial - e torná-lo público, com prazo para que os interessados possam analisar as exigências, formarem convicção, adotarem providências preliminares como, por exemplo, preparo de documentação, negociação e captação (sic) de recursos para fazer frente ao investimento etc e elaborarem suas propostas a serem apresentadas impreterivelmente no dia, hora e local marcados para a hasta.

Isso já permite entender com absoluta clareza que os 30 (trinta) dias para levantamento do balanço, contados preteritamente da data do evento licitatório (leilão), como previsto no § 1º do art. 21 da Lei nº 9.249/95, seria prazo por demais exíguo, podendo-se dizer até impossível de ser cumprido, em que pese, inclusive, os modernos e ágeis meios de informação hoje disponibilizados, o que inviabilizaria todo o processo (...)."

Portanto, esta ação atende aos critérios estipulados para considerá-la exemplo de abertura dialógica por parte do Supremo Tribunal Federal quanto aos argumentos do Congresso Nacional. O pedido acabou, inclusive, julgado improcedente. Contam-se, pois, seis exemplos, até aqui, de ADIns tidas como casos de diálogo constitucional.

A ação direta de inconstitucionalidade 2182 foi apresentada contra a Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) de forma global, por alegação de vício de inconstitucionalidade formal, supostamente oriundo da ausência de apreciação do texto em ambas as Casas Legislativas do Congresso Nacional⁴³⁴. O relator, ministro Marco Aurélio, utilizou duas inteiras laudas de seu voto transcrevendo trechos de manifestação do relator do projeto de lei que originou a norma atacada, senador Pedro Simon. Ali, contudo, o representante do Rio Grande do Sul apenas tece comentários sobre a tramitação legislativa e a importância do tema em pauta, sem qualquer defesa sobre a constitucionalidade, neste caso formal, do projeto (e nem poderia, pois a suposta invalidade teria surgido após o encerramento da tramitação no Senado Federal).

Na mesma ação, o ministro Eros Grau, em voto-vista, colacionou trechos dos pareceres de dois colegiados da Câmara dos Deputados quando da tramitação do projeto de lei que originou a Lei de Improbidade: o da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Pública e o da Comissão de Constituição e Justiça. Tais excertos de pareceres, contudo, não versavam sobre o debate da constitucionalidade do conteúdo do projeto, cujo mérito material, em si, sequer foi objeto da petição inicial desta ADIn⁴³⁵. Em verdade, por se tratar esta ação de mero questionamento quanto ao processo legislativo,

⁴³⁴ Pelo fato de que o texto aprovado na Câmara dos Deputados fora amplamente alterado pelo Senado Federal em emenda substitutiva e por sua redação final então aprovada pelos deputados e enviada à sanção presidencial ser de teor diverso da primeiramente aprovada e também divergente daquela da Câmara Alta – ou seja, uma terceira redação à qual o Senado não tivera acesso.

⁴³⁵ Note-se que houve longo debate entre os ministros, no bojo desta ADIn 2182, acerca de se poderia o plenário do STF adentrar ao julgamento do mérito constitucional de uma Lei que tivesse sido impugnada apenas quanto ao seu aspecto formal, ou seja, quanto ao devido processo legislativo. Concluiu o Tribunal, por maioria de seis a cinco, que não, que quando o pedido da petição inicial cingir-se à declaração de inconstitucionalidade formal, não poderia haver julgamento de mérito da Lei impugnada.

nem se poderia cogitar de debates sobre a devida tramitação do projeto de lei após a sua aprovação pelo plenário da Casa Legislativa, posto que o envio ao presidente da República ou o reenvio para nova discussão no Senado Federal são decisões do presidente da Câmara dos Deputados, tomadas após a finalização do procedimento de decisão parlamentar. Ou seja, em ações diretas como este, em que apenas se discute a constitucionalidade formal, é apenas nos ofícios de informação que se poderia cogitar de argumentos do legislativo a serem considerados pelo STF. E, diga-se, neste caso, não o foram (ainda que haja nos autos da ADIn informações do presidente do Congresso Nacional defendendo a legitimidade do processo legislativo).

Como relator da ADIn 2395, o ministro Gilmar Mendes fez questão, em seu voto, de colacionar trecho da justificção da Proposta de Emenda Constitucional nº 22/96, que deu origem à EC nº 15/96 – norma esta questionada em sua validade por meio desta ação. Ora, tal e qual dito alhures acerca da metodologia, referências a justificções não seriam consideradas elemento dialógico, uma vez que tais argumentos apenas refletem a visão daquele órgão ou parlamentar que resolveu protocolar a proposição, e não um ponto de vista institucional acerca da adequação constitucional do conteúdo. De mais a mais, não houve qualquer menção, nos votos, aos pareceres das CCJCs ou às informações prestadas pelo Congresso Nacional.

Relatando a ADIn 2556, julgada em conjunto com a ADIn 2568, o ministro Joaquim Barbosa sustentou parte de seu voto pela improcedência nas informações prestadas pelo Congresso Nacional. Assim escreveu Sua Exa.:

O tributo também não viola o art. 10, I, do ADCT. A contribuição em exame não se confunde com a contribuição devida ao FGTS, em razão da diferente destinação do produto arrecadado. Como se lê nas informações oferecidas pelo Senado, os valores arrecadados visam especificamente a *“fazer frente à atualização monetária, eliminados os expurgos dos Planos Econômicos em causa, dos saldos das contas vinculadas a ele, em benefício, portanto, de empregados inespecíficos que firmaram o Termo de Adesão referido no artigo 4º da Mencionada Lei Complementar, e não especificamente daquele despedido injustamente”* (Fls. 178). Vale dizer, o tributo não se destina à formação do próprio fundo, mas visa custear uma obrigação da União que afetaria o equilíbrio econômico-financeiro daquela dotação.

Esta ação direta visava a declarar, por iniciativa da Confederação Nacional da Indústria, a inconstitucionalidade das contribuições sociais instituídas Lei Complementar Federal nº 110/01. Um dos parâmetros de controle alegados seria exatamente o do inc. I do ADCT, uma vez que a contribuição instituída pelo Art. 1º da lei somar-se-ia à multa já prevista nas Disposições Transitórias a ser paga pelo empregador que demite funcionário sem justa causa. O argumento prestado pelo Senado foi considerado relevante e somado às demais teses do ministro. Talvez tenha apenas servido de amparo a sustentação argumentada por diversos ângulos. Ainda assim, atende aos critérios estabelecidos e será considerado caso de diálogo em nosso cômputo.

No relatório que fez constar nos autos da ADIn 2650, disse o ministro Dias Toffoli:

Às fls. 206/322, foram juntados os pareceres do Relator e da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal e do substitutivo da Câmara dos Deputados que deu origem à Lei nº 9.709/98, encaminhados por determinação do Presidente do Congresso com vistas à instrução da presente ação direta.

Esta ação foi requerida pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, objetivando a interpretação conforme à Constituição da primeira parte do Art. 7º da Lei nº 9.709/98, pretendendo fixar a interpretação do termo "*população diretamente interessada*" como "*aquela que tem domicílio na área desmembrada*", sabendo-se que tal diploma legal tratou das consultas plebiscitárias necessárias ao desmembramento de Estado-membro da Federação.

Veja-se que, como mencionado o ministro Toffoli, a íntegra do parecer da CCJC do Senado Federal foi aportado, por iniciativa do próprio Congresso Nacional, aos autos. Ainda assim, não houve, nas 71 páginas do acórdão, qualquer referência às razões estabelecidas pelo parlamento para considerar constitucional o dispositivo questionado.

No voto proferido na ADIn 2925, a relatora, ministra Ellen Gracie, remeteu-se às informações do Congresso Nacional para sustentar o não conhecimento da ação porquanto seria destinada a contestar a validade de

dispositivos de lei de efeitos concretos (no caso, Art. 4º, I, “a”, “b”, “c” e “d”, da Lei Federal nº 10.640/03 - Lei Orçamentária Anual da União, que estimou e fixou a despesa da União para o exercício de 2003). Disse a relatora:

[...] na ADI 1.716, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.03.982, impugnou-se dispositivo que destinava à amortização da dívida pública as receitas porventura obtidas pelas entidades da Administração indireta a título de participações, dividendos, superávit financeiro ou disponibilidades do exercício anterior não comprometidas como restos a pagar. Ressaltou o eminente Relator, em seu voto, que os atos de legislação orçamentária, sejam aqueles de conformação original de orçamento anual de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício, *"são exemplo paradigmáticos de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização, por definição, de efeitos concretos e limitados que, por isso, o Supremo Tribunal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos."* (Destaquei)

No presente caso, da mesma forma, tem-se um ato específico de autorização emanado do Poder Legislativo conferindo ao Executivo a oportunidade de abertura de créditos suplementares, valendo-se de dotações previamente fixadas na LOA destinadas a este exato propósito (reserva de contingência). O que a requerente pretende fazer passar como sendo "regra-matriz", geral e abstrata, regulatória de toda e qualquer abertura de crédito suplementar, nada mais representa do que as limitações, restrições e condições impostas pelo Poder Legislativo à abertura das suplementações necessárias. Em suma, são atos que, não obstante sua forma de lei, caracterizam-se como normas individuais de autorização que tomam viável a alteração do orçamento da despesa no curso do exercício. Por isso que, como afirmado nas informações do Congresso Nacional, *"os dispositivos impugnados para serem aplicados, dependem do confronto de anexo específico de eventual decreto de abertura de créditos suplementares com o anexo de metas fiscais da LDO/2003"*.

Como não é difícil perceber, o argumento que a ministra buscou nas informações afastava a possibilidade de conhecimento da ação por deficiência em um de seus pressupostos que é a adequação do objeto – lei em sentido material. Portanto, não se pode dizer que tenham sido, na passagem colacionada, considerados os argumentos de mérito constitucional alegados pelo legislativo. Esta ADIn, em verdade, acabou por ser conhecida e julgada parcialmente procedente pelo plenário do STF. Quanto ao tema de fundo, alegava a Confederação Nacional do Transporte que a Lei Orçamentária de

2003 havia, nos dispositivos questionados, ferido o inc. II do § 4º do Art. 177 da Constituição, desvirtuando a obrigação de destinação específica dos recursos arrecadados pela CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico). Não obstante, nenhum dos votos, contrários ou favoráveis à tese da inicial, buscou subsídios nas razões parlamentares que consideraram a lei constitucional.

Na ADIn 2937, em que o Partido Progressista atacou diversos dispositivos do Estatuto do Torcedor (Lei Federal nº 10.671/03), o ministro relator, Cesar Peluso, utilizou-se de três páginas do relatório para sintetizar os nove argumentos diferentes pelos quais o Congresso Nacional, em suas informações, defendia a legitimidade constitucional da norma. Ela restou, de fato, declarada constitucional, por unanimidade. Não, contudo, por terem os ministros verificado e concordado com as razões que o Congresso Nacional aventou para isto.

Este seria um belo início para uma atitude dialógica por parte de um magistrado constitucional: *“Senhora Presidente, inicialmente analiso o argumento, levantado nas informações prestadas pelo Congresso Nacional [...]”*. O afastamento de tal postura se dá, contudo, quando se constata como segue o excerto: *“[...] de que a lei impugnada - lei 9.262/1996 - tutela situações concretas e individuais, não sendo passível, portanto, de controle concentrado de constitucionalidade.”* Os trechos são do início do voto do ministro Joaquim Barbosa, relator da ADIn 2990. Como se observa, o relevo às informações do legislativo deveu-se ao argumento lá contido acerca de questão preliminar, qual seja, a inadequação da natureza da norma ao controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja, nada diz este ponto do debate com o mérito da ADIn, que destinava-se a questionar a pretensa inconstitucionalidade de dispositivos da lei citada que afastaram a necessidade de licitação para a alienação de áreas públicas.

Ainda no mesmo voto, o senhor ministro Joaquim Barbosa colacionou longos trechos da exposição de motivos do projeto de lei que originou a norma impugnada. Como se sabe, isto também não é, nesta pesquisa, considerado atitude dialógica, porquanto não contém tal documento evidência da reflexão constitucional atribuível ao poder legislativo de forma ampla – diga-se,

inclusive, que nem todas as exposições de motivos cuidam de discutir aspectos constitucionais de suas proposições. De resto, tampouco houve, nesta ADIn, remissões que pudessem se considerar evidenciadoras de consideração pelos argumentos legislativos acerca da constitucionalidade.

É de se reparar a postura de deferência do ministro Nelson Jobim (ex-deputado federal) pelas posições dos demais poderes. Lê-se, de sua lavra, o seguinte excerto em voto na ADIn 3068:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Quero deixar muito claro que este juízo de conveniência compete ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. O Poder Legislativo converteu em lei, ou seja, dois Poderes da República já se manifestaram sobre a existência da necessidade temporária e, também, sobre a importância do problema.

Nesta ação se discutia a licitude da contratação temporária de funcionários para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), veiculada pela medida provisória nº 136/03, depois convertida na Lei Federal nº 10.843/04. Ainda que inegável o enlevo de respeito do magistrado pela instituição, em si, do poder legislativo, não se trata de invocação dos argumentos elencados pelos parlamentares a julgar a iniciativa como coerente com a Constituição. Estes, de fato, não foram ponderados no voto de nenhum dos ministros do STF nesta ADIn.

A inicial da ADIn 3096 tratou de pechar de inválido o Art. 94 da Lei Federal nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), dispositivo este que versou sobre a atribuição do procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados Especiais aos crimes cometidos contra idosos e com penas privativas de liberdade que não ultrapassassem 4 anos. A relatora, ministra Cármen Lúcia, assim se manifestou em seu voto:

6. Diversamente, nas informações o Congresso Nacional fez constar que:

"5. O Projeto de Lei nº 57, de 2003, da Câmara dos Deputados, que deu origem a Lei nº 10.741/03, recebeu no voto do Redator, Deputado Silas Brasileiro, a seguinte justificção:

(...)

Em relação aos crimes, utilizado o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei nº 9.099, de

25 de setembro de 1995, abrangendo os delitos cuja pena máxima privativa de liberdade é de quatro anos. A vantagem da aplicação dessa lei consiste na celeridade de seu procedimento e maior possibilidade de composição social por meio de penas alternativas e substitutivas. A ampliação da pena máxima de um ano prevista nessa lei, para que o crime seja considerado de menor potencial ofensivo, para quatro anos, é socialmente benéfica, considerando que em muitos delitos praticados contra idosos o agente é pessoa da família. Esse limite já foi ultrapassado em alguns crimes de trânsito (CTB - Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, art. 291, parágrafo único).'

(...)

O ideal da lei, neste aspecto, é fazer com que o idoso possa, dentro daquilo que é processualmente admissível e juridicamente plausível, presenciar a realização da justiça em face dos delitos contra ele cometidos; é satisfazer com esta perspectiva de justiça eficaz e concreta aquele que já esperou por demais a solução de conflitos que o acometeram e que até mesmo contribuíram para precoces cãs" (fls. 70-72; 74).

A razão pela qual utilizadas estas informações pela ministra é que seu voto foi pela interpretação conforme à Constituição, utilizando-se da premissa teleológica vista na manifestação do congressista para justificar que o dispositivo da lei seria constitucional uma vez que servira, somente, para dar celeridade de rito ao processamento das ações de crimes cometidos contra idosos e não – como chegou a supor o procurador-geral da República – para fazer aplicar aos agressores de pessoas maiores de 60 anos medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais (aí sim, fosse isso, a norma seria inconstitucional). Ou seja, a relatora utilizou-se das informações do Congresso Nacional para sustentar a tese que abraçou. E ainda reforçou quando dos debates que se seguiram: **“A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O que o Congresso buscou foi isso: celeridade e eficácia na decisão judicial.”** O ministro Ayres Britto voltou a mencionar o mesmo trecho das informações do Congresso Nacional para sustentar seu voto-vista, acompanhando a relatora. Ou seja, para suas exas., o que quis o legislativo foi determinante para considerar a norma como válida. É, por esta razão, um exemplo de atuação dialógica pelos parâmetros que adotamos.

A ADIN 3105 impugnou a constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, tal como prevista

pela Emenda Constitucional nº 41/03. Em seu voto, que conduziu a maioria, o ministro Cezar Peluso concluiu tecendo loas de deferência ao poder político do Congresso Nacional. Disse ele:

24. Antes de concluir o voto, de cuja largueza escusome pela complexidade jurídica e as repercussões sociais, econômicas e políticas do caso, a que é natural não sejam estranhas manifestações apaixonadas da opinião pública, reafirmo a velha convicção de que a esta Corte não cabe a tarefa de, sob os mais nobres propósitos, substituir-se aos órgãos republicanos competentes para legislar e para definir políticas públicas, nem tampouco de se fazer intérprete de aspirações populares que encontram, nas urnas, o instrumento constitucional de expressão e decisão.

O ministro Nelson Jobim, na mesma assentada, manifestou-se assim:

Senhores, por último, encerro o meu voto para acompanhar, integralmente, com elogios e reconhecimento, o eminente Ministro Cezar Peluso, mas, fundamentalmente, peço a V. Ex^a autorização para usar a parte final do seu voto, quando deixa muito clara a divisão e a distinção entre aqueles que têm voto na sociedade e podem definir políticas públicas daqueles que não têm e, portanto, devem respeitar as decisões daqueles que as tomam, legitimadas pelo único processo democrático que até agora conhecemos: o processo eleitoral.

Os dois magistrados reconheceram expressamente a importância das posições definidas pelo legislativo em matéria de políticas públicas. Contudo, como estava em debate uma Emenda Constitucional, naturalmente que o único tema de interpretação possível sobre a carta política remaneceria sobre as cláusulas pétreas. No caso, invocou-se, sobretudo, o direito adquirido. O Congresso Nacional debateu com razoável profundidade o tema quando da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional, mas nem por isso seus argumentos foram – eles, argumentos – relevados.

O ministro Sepúlveda Pertence fez menção crítica à exposição de motivos da PEC que deu origem à EC nº 41/03, mas, como já devidamente estipulado, não se tem exposições de motivos e justificações como fontes legítimas da posição parlamentar (ademais, neste caso, a PEC teve origem no poder executivo).

Joaquim Barbosa, por seu turno, em solene desconhecimento acerca das informações prestadas pelo Congresso Nacional, afirmou que:

Esta ação está absolutamente desequilibrada, **todos** os pontos de vista são numa direção; só restou a manifestação, de ofício, do Advogado-Geral da União. Fora disso, só há pontos de vista que convergem na direção dos interesses corporativos. [Grifo nosso]

Estes, que sua exa. chamou de “interesses corporativos”, eram os servidores públicos que viriam a ser tributados pela novel contribuição previdenciária. Ora, não é fato verdadeiro que só tenha restado nos autos a opinião da Advocacia-Geral da União: a posição do legislativo da República também sustentava a tese à qual o ministro Joaquim Barbosa veio a se afiliar – e que disse estar mal representada, argumentativamente, nos autos.

Seguindo-se na análise dos casos, o próximo que traz fato relevante é o da ADIn 3146. Nela, o Partido da Frente Liberal (PFL) atacou a integralidade da Lei Federal 10.828/03 sob o fundamento de que padeceria de vício formal quanto ao processo legislativo. Interpretando a Constituição (Art. 62, § 6º), o PFL entendia que o protocolo no Senado Federal de três medidas provisórias vindas da Câmara dos Deputados, já com o prazo de 45 dias da edição esgotado, teria o condão de trancar a pauta, obstando a apreciação de outros projetos. Segundo o relatório do ministro Joaquim Barbosa, relator, assim se manifestou o presidente do Senado sobre o tema:

No mérito, é importante ver que não assiste qualquer razão ao Requerente, persistindo quanto à peça exordial a falta de conexão lógica do pedido com a sua fundamentação.

Ora, afirma que como não houve sobrestamento da pauta para a votação, primeiramente das Medidas Provisórias, os contribuintes serão lesados. Todavia já se demonstrou acima que a inversão da ordem da pauta não significaria alteração na valoração da matéria votada.

Ademais, importa frisar o que o próprio Requerente destacou: na mesma sessão deliberativa do dia 19 de dezembro foram votadas a Lei e as Medidas Provisórias (fl. 09). Assim, resta apreciar se a deliberação de matérias que estavam trancando a pauta após a deliberação de outras matérias, ainda que na mesma sessão, importa na nulidade da votação dessas outras matérias.

Vale a pena lembrar o que dispõe o CPC, merecendo aplicação subsidiária para o processo legislativo, quando trata

de nulidades processuais, no seu art. 244, in verbis; 'Quando a lei prescreve determinada forma, sem cominação de nulidade, juiz considerará válido o ato se, realizado outro modo, lhe alcançar a finalidade'.

Ora, as matérias foram votadas na mesma sessão deliberativa, cabendo a organização da pauta ao Presidente do Senado Federal, por força do que dispõe o Regimento Interno (Resolução nº 93/70). Não existe previsão constitucional ou legal para se declarar a nulidade da votação.

Assim, data vênia, a organização da pauta se trata de matéria interna corporis da Casa Legislativa, não cabendo intervenção do Poder Judiciário para determinar o que deve ser deliberado em primeiro ou em último lugar, o que seria o exercício de atos próprios do Poder Legislativo.

É fato que a matéria é emanada de um corpo legislativo legítimo e não padece de vício de iniciativa, portanto, não havendo qualquer irregularidade formal. Nem mesmo existe contrariedade formal ou material a outras normas constitucionais. O Requerente afirma contrariedade à disciplina do processo legislativo, limitando-se tal contrariedade à inversão da ordem do dia. [...]

Dessa forma, fica patente que não se encontram motivos para a declaração de inconstitucionalidade requerida. [...]

Quando, em seu voto, foi tratar da matéria, o ministro Joaquim Barbosa fez questão de discutir, ainda que refutá-lo, um argumento que utilizou o presidente do Senado para votar naquela sessão plenária, primeiramente, o projeto de lei. Disse sua exa.:

Note-se que a pendência da leitura foi usada como fundamento pelo presidente do Senado, senador José Sarney, para negar pedido de inversão de pauta do senador Demóstenes Torres ⁴³⁶. Assim, parece-me que, no entendimento daquela Casa legislativa, se a medida provisória não for lida no Plenário, para todos os efeitos, inclusive para contagem de prazos, não está ela formalmente em tramitação.

Reservo-me o direito de não acolher essa interpretação como adequada para qualquer situação, até porque, se sistematicamente o trancamento de pauta depender da leitura da matéria, é possível que o Supremo Tribunal Federal venha a ser chamado para coibir eventual abuso, caso se postergue

⁴³⁶ A manifestação do senador José Sarney foi transcrita pelo PFL em sua petição inicial. Segundo ela, teria o parlamentar assim respondido à questão de ordem do senador Demóstenes Torres: *“Em primeiro lugar, a Mesa agradece ao Senador Demóstenes Torres que mais uma vez é zeloso no cumprimento do Regimento, mas sua Exa. colaborou com a Mesa quando disse que tinha notícia da votação e da vinda dessas medidas para o Senado Federal. Como elas não foram lidas, a tramitação só ocorrerá depois da leitura. Dessa maneira, enquanto não forem lidas, vamos continuar a apreciar o item constante da pauta. (...)”*

essa leitura por cinco, dez ou vinte dias, com base em entendimento sobre disposição regimental.

O tópico a ressaltar aqui, para os fins que nos interessam, é que o relator da ADIn resgatou argumento do presidente do Senado Federal sobre a interpretação constitucional e regimental apenas para refutá-lo e dizer que poderia o STF declarar a inconstitucionalidade formal de lei que fosse votada quando, por exemplo, uma medida provisória aguardasse por mais de dez dias a leitura em plenário (ele o diz expressamente na sequência de seu voto). Isso, por si só (a menção ao argumento para refutá-lo), não afastaria o caráter dialógico da atitude do ministro Barbosa. O que lhe retira tal adjetivação é o fato de que o ministro não se referiu aos argumentos presentes nas informações prestadas pelo Senado que, como visto, são especificamente voltados à interpretação constitucional e vão, inclusive, em outra direção da manifestação de plenário do senador José Sarney – ainda que não contraditória com ela. Ao contrário, o relator mencionou a resposta à questão de ordem do sen. Demóstenes Torres apenas para ressaltar o poder do STF num eventual caso futuro. Para decidir, em si, o pedido da ADIn 3146, o ministro Joaquim Barbosa bastou-se em suas convicções sobre o sentido da Constituição Federal.

Indo adiante, na ADIn 3237, também relator o ministro Joaquim Barbosa, o Congresso Nacional prestou informações defendendo o mérito dos dispositivos legislativos questionados. No caso, eram o Art. 2º, IV e VI, *d e g*, e § 1º, da Lei 8.745/93, com as alterações incluídas pela Lei 9.849/99, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Tais normas permitem contratações temporárias, nos termos do inc. IX do Art. 37 da Constituição Federal. Em seu voto, em que declarou a inconstitucionalidade da maioria dos dispositivos questionados, assim escreveu o ministro Barbosa:

Mesmo que se entenda que faltarão ao Judiciário elementos para decidir sobre a proporcionalidade de determinadas escolhas do legislador na regulamentação das hipóteses de temporária necessidade de excepcional interesse público, deve-se reconhecer que nesses casos de indeterminação do sentido do texto constitucional, exige-se maior esforço da atividade legiferante na demonstração da

proporcionalidade de certas restrições a determinado preceito constitucional (que, no caso, é a regra do concurso público).

Nos casos de ausência manifesta dessa demonstração, ainda que a administração passe por dificuldades conjunturais, não resta outra opção senão anular o ato legislativo. [...]

Onde estaria a “demonstração proporcionalidade” das restrições a determinado preceito constitucional? Lembre-se que, por exemplo, no caso canadense, essa demonstração é tão relevante que consta na *Charter of Rights and Freedoms* como sendo aquela que habilita o legislativo a impor as restrições aos direitos fundamentais. Pois bem, é somente na tramitação legislativa, em pareceres – sobretudo sobre a constitucionalidade das proposições – que pode-se pesquisar a sobredita proporcionalidade. Também nas informações prestadas pelo Congresso Nacional no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade. Mas o ministro Joaquim Barbosa furtou-se a considerar tais fontes de informação, achando razoável, ainda assim, concluir que o caso desta lei consubstanciou “ausência manifesta” de demonstração da proporcionalidade. Poderia um parlamentar perguntar: como então demonstrar a proporcionalidade? Ficaria sem resposta, no caso. O ministro Eros Grau, também sem adentrar as informações do Congresso Nacional, interpretou a lei em sentido diverso:

8) Os dispositivos da Lei federal nº 8.745/93, ora submetidos ao crivo do controle abstrato de sua constitucionalidade, não se omitem quanto às hipóteses em que a contratação temporária poderá ocorrer, por isso que comportam uma hermenêutica que os tornem compatíveis com a Constituição, máxime porque não causam, se corretamente interpretados, uma frustração à regra do concurso público; ao revés, curvam-se diante dos princípios constitucionais fundamentais para a escolha de agentes públicos, quais sejam, o princípio da impessoalidade e o da moralidade.

Contrários ou favoráveis ao atendimento dos princípios constitucionais, a regra dos ministros, nesta ação, foi não considerar os argumentos parlamentares.

A ADIn 3273, relator o ministro Ayres Britto, conteve um debate assaz relevante ao país: o monopólio da União sobre o petróleo e os demais hidrocarbonetos fluidos. Em discussão, por iniciativa do governador do Paraná,

Roberto Requião, diversos dispositivos da Lei Federal nº 9.478/97, sobretudo a expressão "*conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos*", do *caput* do Art. 26, que garante o direito arrolado ao concessionário da exploração. O Congresso Nacional foi instado em 17 de agosto de 2004 a prestar as informações previstas em Lei. Em 30 de agosto daquele mesmo ano, anotou-se na tramitação do feito que "*em 23.08.04, sem que fossem prestadas as informações solicitadas por meio do ofício nº 2440, ao Presidente do Congresso Nacional.*"

Quando o feito veio à decisão liminar, em 16 de setembro de 2004, o plenário do STF optou por converter o julgamento da cautelar requerida em decisão de mérito, pois considerou o processo devidamente aparelhado. Ou foi lapso material, ou a seguinte afirmação do ministro Carlos Velloso é um indício de desimportância atribuída pelos ministros às opiniões hermenêutico-constitucionais do legislativo:

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, Vossa Excelência me permite? O voto do eminente Ministro-Relator é exaustivo. O eminente Procurador-Geral da República já se manifestou. **Há nos autos informações.** Creio que, devido à importância desta causa, devemos julgar hoje, em definitivo, a questão. [Grifo nosso].

Veja-se: havia nos autos, àquele momento, apenas as informações da Presidência da República. Ninguém deu falta da manifestação, legalmente exigível, do Congresso Nacional que, é bem dizer-se, omitiu-se dolosamente de alcançar seus argumentos ao debate judicial.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto-vista, buscou referências aos debates parlamentares havidos no Senado Federal quando da tramitação do projeto de lei que originaria a Lei Federal nº 9.478/97, isso para tentar demonstrar que o regime de apropriação do produto da lavra mineral do Art. 176 da Constituição Federal não se aplicaria ao petróleo, restando a este apenas a disciplina do Art. 177. O debate que o magistrado referiu e do qual colacionou trechos, remonta à Emenda nº 12, do senador Lúcio Alcântara, que estipulava tal diferença, mas que restou desaprovada.

A remissão bem demonstra que, quando queremos e consideramos relevante, os ministros do STF são capazes de ir buscar elementos da

tramitação legislativa para sustentar seus pontos de vista. Assim como o fazem com trechos de debates parlamentares, podem fazê-lo quanto aos pareceres das Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania, buscando ali os argumentos parlamentares sobre a constitucionalidade dos dispositivos impugnados. Não foi este o caso do ministro Marco Aurélio aqui, e de nenhum outro ministro no âmbito desta ADIn 3273 (julgada, em conjunto, com a ADIn 3366).

A ADIn 3367 foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), buscando a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 45/04 que se relacionam com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Segundo o relator, ministro Cezar Peluso, vieram aos autos:

[...] as informações prestadas pelo Congresso (tis. 145-159), que respondeu a cada um dos argumentos da inicial e opinou pela total improcedência dos pedidos.

Ainda assim, nenhum dos onze ministros do STF tomou qualquer conhecimento das diversas razões sustentadas pelo legislativo para rebater “cada um dos argumentos da inicial” quanto ao mérito constitucional da criação do Conselho.

Ocorre que a AMB, buscando todos os argumentos possíveis para combater a criação do CNJ, alegou também vício de inconstitucionalidade formal, problema que teria sido a ausência de retorno do texto da Emenda Constitucional à Casa Iniciadora após supressão de expressão pela Casa Revisora. Em relação a isso, falou o ministro Eros Grau em seu voto:

15. Por fim, no que tange à inconstitucionalidade formal apontada na ADI, as informações prestadas pelo Senado Federal espancam a questão.

Diante do denso conjunto de argumentos sobre a validade substancial da criação do órgão, a única menção aos argumentos parlamentares - que, ainda assim, apenas um ministro se dignou a fazer – vinculou-se a aspectos de adequação formal da EC ao processo legislativo previsto na Constituição Federal. E, mais que isso, não houve da parte do ministro Grau uma declinação

específica dos fundamentos do legislativo, apenas a dicção de que seu teor era bom o suficiente para sustentar a higidez formal. Não obstante a singeleza da consideração, ela subsume-se àquilo que se propôs aqui considerar como postura dialógica, sendo então de contabilizar-se como tal nos resultados da pesquisa.

Na ADIn 3453 tem-se um exemplo de caso em que a relatora, ministra Cármen Lúcia, aludiu a argumentos do Congresso Nacional para refutá-los. Esta ação foi interposta pelo Conselho Federal da OAB, visando a declarar a inconstitucionalidade do Art. 19 da Lei Federal nº 11.033/04, que, sobretudo, previu a necessidade de o recebedor de precatório apresentar certidões negativas de débitos de tributos federais, estaduais e municipais, além de certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e a Dívida Ativa da União. A ministra relatora afirmou em seu voto:

A assertiva feita nas informações pelo Congresso Nacional⁴³⁷ de que a norma legal sob análise teria "espírito moralizador" demonstra-se bem ao contrário, desmoralizadora das decisões judiciais e frustradora de direitos dos jurisdicionados.

As formas de assegurar a Fazenda Pública o atendimento de seus débitos e, mais ainda, de manterem-se os cidadãos-contribuintes em dia com os seus deveres tributários devem ser sintonizados com o respeito aos direitos que se conquistam ou se vêem afirmados pelo Poder Judiciário. Esse não pode ter as suas decisões transformadas em formas de "moedas de troca" segundo moldes definidos pela legislação infraconstitucional quanto ao pagamento de precatórios. Nem o cidadão teria de, para receber o que lhe é devido, segundo decisão judicial, comprovar outras condições que não as que se referem ao processo de que decorre o seu crédito ou que

⁴³⁷ Segundo o relatório contido no acórdão da ADIn 3453: "O Congresso Nacional prestou informações, alegando inexistir agressão à Constituição na norma questionada, que seria 'medida moralizadora, evitando o pagamento de precatórios a devedores da União, Estados, Municípios, Previdência Social e FGTS.' E, ainda, que 'não seria justo obrigar o Estado a pagar quem lhe deve, sem que antes o devedor acerte as contas com o contribuinte. Vale notar que os precatórios alimentares, incluídos aí os honorários advocatícios, e os valores até o teto dos Juizados Especiais Federais estão desobrigados da apresentação da certidão negativa, o que demonstra que o dispositivo questionado não objetiva negar o exercício de um direito mas impedir que os devedores da Fazenda sejam beneficiados em detrimento de toda a sociedade' (fls. 47). Ao final, requer não seja deferida a medida cautelar pedida e, ainda, dever 'a matéria ser objeto de ampla discussão com respeito ao princípio do contraditório, para que não prevaleça a presunção de inconstitucionalidade de uma lei que atende aos ditames supremos da Constituição e foi aprovado em regular processo legislativo' (fls. 50)"

sejam firmadas como típicas e próprias em norma constitucional.

Ou seja, houve a menção de argumento do legislativo com o intuito de combatê-lo. A ação, inclusive, foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do Art. 19 da Lei Federal nº 11.030/04. Isso, contudo, segundo esquadrihado na metodologia aqui abraçada, não afasta o caráter dialógico, que para os fins propostos entabula-se na só atitude e considerar argumentos, ainda que para vergastá-los. Logo, o acórdão desta ADIn 3453 será considerado como espécime de postura conversacional.

Seguindo-se no apontamento dos achados de pesquisa, veem-se curiosas informações prestadas pelo Congresso Nacional na ADIn 3464. Segundo o relator, ministro Menezes Direito:

Em suas informações (fls. 136 a 141), o Congresso Nacional vislumbrou a inconstitucionalidade da norma, mas, tão-somente, da expressão “*a que esteja filiado*”, constante do art. 22, inciso IV, da Lei nº 10.779/03, salientando que “*a declaração parcial de inconstitucionalidade, nesses termos, extirparia o vício apontado pelo Requerente, e concomitantemente manteria as exigências previstas na norma, destinadas à busca da correção, idoneidade e veracidade no procedimento de concessão do seguro-desemprego ao pescador profissional artesanal*” (fl. 140).

Diz-se “curiosa” porquanto ali se vê uma manifestação subscrita pelo presidente do Congresso Nacional, a dizer que norma aprovada pelas Casas Legislativas seria parcialmente inválida perante a Constituição. É, sem dúvidas, caso isolado, se podendo cogitar, até mesmo, de questionamento *interna corporis* do presidente por seus pares, uma vez que esta não deveria ser a posição institucional do poder legislativo que, afinal, considerou a lei constitucional nos termos em que aprovada. Esta ADIn destinava-se a impugnar o inc. IV do Art. 2º da Lei nº 10.779/03, que dispõe sobre a concessão do benefício do seguro desemprego, durante o período de defeso, ao pescador profissional que exerce a atividade pesqueira de forma artesanal. É que, segundo a requerente, Procuradoria-Geral da República, a exigência contida neste dispositivo de que os pescadores apresentassem atestado da

colônia de pescadores a que filiado para poder receber o benefício violaria o princípio da livre associação profissional.

Em seu voto, o ministro Menezes Direito remitiu à exposição de motivos da lei, o que, como dito, não se considera postura dialógica por não conter aquele documento uma posição institucional do Congresso Nacional. Mas não foi só. Ele fez questão de ponderar a posição alcançada pelo legislativo:

O Congresso Nacional sustentou que, para afastar os vícios apontados à norma, bastaria declarar a inconstitucionalidade da expressão "*a que esteja filiado*", constante do art. 2º, inciso IV, da Lei nº 10.779/03, salientando que "*a declaração de inconstitucionalidade, nesses termos, extirparia o vício apontado pelo Requerente, e concomitantemente manteria as exigências previstas na norma, destinadas à busca da correção, idoneidade e veracidade no procedimento de concessão do segurodesemprego ao pescador profissional artesanal*" (fl. 40). Com esta declaração parcial de inconstitucionalidade, sobreviveria o inciso IV do art. 2º, exigindo, entre outros documentos, "*atestado da Colônia de Pescadores, com jurisdição sobre a área onde atue o pescador artesanal (...)*".

À primeira vista, a interpretação proposta pelo Congresso Nacional poderia se apresentar como solução adequada ao problema. Todavia, a declaração parcial da inconstitucionalidade poderá demonstrar-se inócua na prática, diante das dificuldades que, certamente, terão os pescadores não-filiados em obter atestados das colônias. Não custa frisar que para a emissão de atestado exige-se o efetivo conhecimento das atividades do indivíduo, suficiente para comprovar: (a) o exercício da profissão; (b) a dedicação à pesca, em caráter ininterrupto, durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso; e (c) a ausência de fonte de renda diversa daquela decorrente da atividade pesqueira. Esse cenário poderá ocasionar gravame aos pescadores eventualmente não-filiados, com isso gerando desigualdade com relação aos que optaram pela filiação.

Com estas e outras ponderações, o ministro relator decidiu – e foi seguido por seus pares – declarar a inconstitucionalidade do inc. IV do Art. 2º e respectivas alíneas da Lei Federal nº 10.779/03. Apesar das nada ortodoxas informações, trata-se de um evidente caso de diálogo constitucional. Melhor ainda seria, poder-se-ia cogitar, se o ministro tivesse cotejado as informações prestadas pelo Congresso Nacional na ADIn com os pareceres de constitucionalidade das CCJCs, pois tomaria em conta duas posições

contraditórias do mesmo poder legislativo. Tanto não se pode exigir, contudo, para circunscrever o caso como dialógico.

O ministro Dias Toffoli foi relator da ADIn 3541. Nela, a Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL) suscita a inconstitucionalidade do inc. V do Art. 28 da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), o qual veda a advocacia aos policiais. Em seu voto, o relator ponderou que:

O que pretendeu o legislador, como salientaram os demais atores processuais, foi estabelecer cláusula de incompatibilidade de exercício simultâneo das referidas atividades, por entendê-lo prejudicial às relevantes funções de ambas as atividades. Como ressaltado nas diversas manifestações contidas nos autos, a atuação concomitante refletiria certa problemática:

a) da perspectiva da advocacia, pela interferência direta dos policiais civis na fase inquisitorial da persecução penal (inquérito policial), a qual, conquanto não constitua peça imprescindível da propositura da ação penal, configura elemento de substancial importância para o processo;

b) do ponto de vista da atividade policial, no sentido da necessidade de exclusividade no desempenho da função, como se observa, por exemplo, na lei de regência dos funcionários policial civis da União (atual Polícia Federal) e do Distrito Federal (art. 4º da Lei 4.878/65).

Nesse sentido vão as informações do Congresso Nacional:

“Há no presente, com efeito, uma motivação razoável e lógica para a existência do fato de discrimen. Os servidores policiais – e também os servidores do Judiciário, os servidores do Fisco, etc. – encontram-se em condições de elevada proximidade com a instauração de litígios jurídicos, de modo que a norma pretendeu evitar riscos de captação ou inculcação de clientela, influência indevida, privilégios de acesso, etc.

Não bastasse, há ainda a possibilidade de insuperável conflito de interesses. Por exemplo, se um empresário deseja cancelar um auto de infração tributária, seria inaceitável que pudesse contratar serviços advocatícios de um servidor civil que integra o departamento que lavrou a sanção.

Da mesma maneira seria inaceitável, por exemplo, que um detento pudesse contratar os serviços advocatícios de um servidor policial que integra a corporação que efetuou a prisão, e também seria eticamente inaceitável que um réu pudesse contratar um servidor do Judiciário que manuseia o seu processo. Todas essas situações colocariam aquele hipotético Advogado numa posição de injusto e anti-ético privilégio

em relação aos demais. E isso sim afetaria o princípio da igualdade” (fls 87).

O tribunal, por unanimidade, seguiu o voto e julgou improcedente a ação. É mais um claro exemplo da consideração dos argumentos parlamentares para tomada de decisão em ação direta de inconstitucionalidade.

A primeira ação direta de inconstitucionalidade que teve como autor o presidente da República, no anúncio do seu relator, ministro Gilmar Mendes, foi a ADIn 3599. Nela, o mandatário questionava a constitucionalidade das Leis Federais nºs 11.169 e 11.170, ambas de 2005, que visaram a conceder aumentos de 15% aos servidores da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente. O relator invocou os argumentos das informações prestadas pelo presidente do Congresso Nacional para afastar o conhecimento da ação num dos fundamentos do autor:

Outrossim, no caso dos autos, a argumentação do Autor no sentido de que "(...) nos termos da Nota Técnica nº 123/SECAD/SOF/MP (em anexo), não foram incluídos na Lei nº 11.100, de 25 de janeiro de 2005, Lei Orçamentária de 2005 – LOA - 2005, recursos para a tender a esses acréscimos de despesas. Também não existe previsão de limites financeiros e autorizações específicas correspondentes, necessários ao atendimento das referidas despesas, no Anexo V da LOA-2005, que trata das autorizações constantes do art. 169, §1º, inciso II, da Constituição, relativas a despesas de Pessoal e Encargos Sociais." (fls. 10-11) depende de análise dos documentos referenciados, principalmente em face das informações prestadas pelo Presidente do Congresso Nacional, segundo as quais: "(...) razão não assiste ao Autor, pois dotação orçamentária dispunha o Congresso Nacional, em 2004, tanto que as despesas foram liquidadas no mesmo ano de 2004. Nos termos do inciso I, do §1º, do art. 169, da CF, a suficiência orçamentária deve existir previamente à criação da despesa. E orçamento havia em 2004, assim como autorização expressa na LDO/2004 (Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003)." (fl. 42)

Atendidos os pressupostos, computar-se-á esta ação como atitude dialógica, ainda que o relator tenha invocado as razões do Congresso Nacional para concluir que a controvérsia fática seria tamanha, que alheiar-se-ia do objeto do controle abstrato de constitucionalidade. O ministro Cezar Peluso

entendeu de forma um pouco diversa, afirmando ser crucial ao seu juízo de improcedência o fato de que o Congresso Nacional afirmara haver dotações orçamentárias que agasalhassem as pretenções legais, sem as quais poderia estar ferida a norma constitucional. Ou seja, em suma, ele calçou-se nas informações do legislativo para formar sua convicção.

O Partido Democrático Trabalhista buscou, na ADIn 3934, a invalidação de dispositivos da Nova Lei de Falências (Lei Federal nº 11.101/05 que, em seu entender, afetavam direitos dos trabalhadores. Designado relator o ministro Ricardo Lewandowski, anotou em seu voto que:

Em parecer ofertado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o Senador Ramez Tebet, relator do projeto em questão [que originou a Nova Lei de Falências], deixou anotado o seguinte:

"A fim de conhecer as opiniões dos diversos segmentos da sociedade sobre o assunto e democratizar o debate, esta Comissão promoveu, nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, audiências públicas acerca do PLC nº 71, de 2003, em que foram ouvidas centrais sindicais, representantes das associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas da construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal, e outros especialistas em direito falimentar. Além disso, recebemos numerosas sugestões por escrito, que também contribuíram para o aprofundamento do debate".

Mais uma vez, nota-se o recurso de que se vale um ministro do STF a visar a sustentação de seus argumentos: buscar elementos da tramitação legislativa da proposição que deu origem ao diploma questionado. Pensa-se, na linha do quanto vem sendo aqui dito, que a prática é, mesmo, desejável. Não obstante, neste caso o parecer compulsado (neste e em diversas outras passagens do voto do ministro Lewandowski) foi o da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, e não o da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o que faz com que não tenha versado sobre o mérito constitucional do projeto de lei. Logo, não se trata de exemplo de prática dialógica à luz dos pressupostos desta pesquisa.⁴³⁸

⁴³⁸ Não referiram, os ministros, os argumentos pela constitucionalidade expostos pelo legislativo mesmo considerando boa a Lei em si. Veja-se o que disse, no caso, o ministro

A ADIn 3942, em que o partido Democratas (DEM) buscava a declaração de inconstitucionalidade, por suposta violação formal e material à Constituição, do Art. 2º da Lei Federal nº 11.075/04, que dispôs sobre a criação de cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores – DAS, nos órgãos do Poder Executivo Federal. Recobrando uma lógica mais comum em julgados da década de 1990, o Congresso Nacional parece ter se limitado a relatar, em suas informações, os trâmites legislativos da proposição que originou a lei questionada. Assim, ainda que a relatora, ministra Cármen Lúcia, tenha mencionado as informações em seu voto, só o pôde fazer para descrever como se deu a sequência de trâmites no legislativo. Portanto, não havia como compulsar argumentos de mérito constitucional nas informações prestadas nesta ação – a menos que houvesse busca dos pareceres das CCJCs, o que não houve.

Na ação direta de inconstitucionalidade 3943, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público tentava declarar a invalidade do Art. 5º, inc. II, da Lei Federal nº 7.347/85, alterada pela Lei Federal nº 11.448/07, no que previu a possibilidade de a Defensoria Pública estar legitimada à proposição de ações civis públicas. A relatora, ministra Cármen Lúcia, dedicou cinco páginas inteiras de seu voto a colacionar justificção da PEC 247/13 e parecer que recebeu da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal, Proposta de Emenda esta que redundou na promulgação da Emenda Constitucional nº 80/14. Por que o fez a magistrada? Pois a EC nº 80 alterou o Art. 134 da Constituição Federal, passando a prever expressamente que a Defensoria Pública estivesse legitimada a defender os interesses individuais e coletivos – estes que figuram entre os objetos das ações civis públicas.

Mas veja-se: as laudas expendidas pela ministra não tratavam da posição parlamentar de sustentação da constitucionalidade do projeto de lei que redundou na alteração da Lei da Ação Civil Pública, e sim da Emenda Constitucional que alterou o parâmetro de controle da norma.

Gilmar Mendes: *“Gostaria de, subscrevendo as razões trazidas pelo Relator e pelos que o seguiram, também ressaltar o belíssimo trabalho realizado pelo Congresso Nacional. Estamos acostumados a fazer críticas ao Congresso Nacional, mas este é um trabalho digno de nota.”*

Bastará, porém, nesta ADIn 3943, para que se a considere ocorrência dialógica a seguinte – ainda que singela – menção proferida pela relatora em seu voto:

À luz dos princípios orientadores da interpretação dos direitos fundamentais, acentuados **nas manifestações do Congresso Nacional**, da Advocacia-Geral da União e da Presidência da República, a presunção de que, no rol dos afetados pelos resultados da ação coletiva, constem pessoas necessitadas é suficiente a justificar a legitimidade da Defensoria Pública, para não *“esvaziar, totalmente, as finalidades que originaram a Defensoria Pública como função essencial à Justiça”* (fl. 550, manifestação da Advocacia-Geral da União). [Grifo nosso].

Proposta foi a ADIn 4033 pela Confederação Nacional do Comércio, a questionar a validade constitucional do § 3º do Art. 13 da Lei Complementar Federal nº 123/06 (Estatuto da Micro e Pequena Empresa). Suas razões diziam com o fato de este dispositivo dispensar as unidades econômicas objeto da norma de contribuições ao sistema sindical patronal. O ministro relator, Joaquim Barbosa, compulsou as informações do Congresso Nacional e narrou em seu voto:

A contribuição sindical é tributo cuja instituição está na esfera de competência da União (arts. 8º, IV, 149 e 240 da Constituição). Entendo que não é estranha à lei destinada a instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte a matéria relativa à tributação destas mesmas entidades. Dispor sobre o assunto, de maneira global, é insuficiente para ocultar ou escamotear o igualmente relevante tema da exoneração tributária.

Ademais, conforme se lê nas informações prestadas tanto pela Presidência da República como pelo Congresso Nacional, a exoneração foi objeto de considerações específicas pelos ocupantes das Funções Administrativa e Legislativa da Nação. Por todos, remeto à transcrição constante à fls. 388, retirada do parecer apresentado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre proposta de modificação do art. 13, § 3º do PLC 100/2006.

Rejeito, pois, a alegada violação do art. 150, § 6º da Constituição.

É um caso, pois, de consideração pelas razões parlamentares.

Na ADIn 4167 os governadores do Mato Grosso do Sul, do Paraná, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Ceará pediram a declaração de

inconstitucionalidade dos artigos 2º, §§ 1º e 4º, 3º, *caput*, II e III e 8º, todos da Lei Federal nº 11.738/08, que instituiu o piso nacional para os professores do magistério público da educação básica. De notar-se, *ab initio*, que o ministro Joaquim Barbosa, relator, não dignou-se a ouvir, como manda a Lei Federal nº 9.868/99, o Congresso Nacional quando da apreciação da cautelar. Essa omissão deu origem à petição da Advocacia do Senado Federal, cujos termos merecem transcrição:

Ref. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167

O **CONGRESSO NACIONAL**, por meio da Advocacia do Senado Federal, legitimada nos termos do art. 60 da Resolução nº 9, do Senado Federal, vem a V. Exa. expor e requerer o que segue:

No dia 30 de outubro, V. Exa. proferiu despacho determinando a oitiva da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, no prazo de 3 dias, sobre os termos da ADIn em epígrafe, para exame da liminar ali requerida.

Ocorre que o art. 10 da Lei nº 9.868/99 assim dispõe:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal. (...) (*grifou-se*)

Observe-se que a norma do § 1º apenas faculta ao Relator da ação direta de inconstitucionalidade ouvir a AGU e a PGR, mas não exclui o disposto no *caput*, que é a oitiva dos órgãos dos quais emanou a lei impugnada, *in casu*, o Congresso Nacional, no prazo de cinco dias.

A matéria em questão versa sobre tema muito caro ao Congresso Nacional e à sociedade brasileira como um todo, que é o piso remuneratório dos profissionais de educação. Por esse motivo, entende o Poder Legislativo que não pode deixar de pronunciar-se no julgamento de uma liminar de tamanha importância.

Assim sendo, requer-se a V. Exa. que determine a oitiva do Congresso Nacional, na pessoa de seu Presidente, nos termos do *caput* do art. 10 da Lei nº 9.868, de 1999. [...]

Que desconsideração maior pela opinião institucional poderia se cogitada do que sequer solicitar a opinião? Em resposta à petição do Senado Federal, o ministro Joaquim Barbosa mandou ouvir o Congresso Nacional e a Presidência da República no prazo legal. Vieram aos autos onze páginas das informações do legislativo, em que teceu diversos argumentos favoráveis à constitucionalidade de implantação do piso dos professores. Não houve, por outro lado, qualquer menção a elas nos votos dos ministros do STF.

No adiantamento da análise, registra-se de relevante a longa menção do ministro Luiz Fux, relator da ADIn 4350 (julgada em conjunto com a ADIn 4627), à exposição de motivos adida à medida provisória nº 451/08, que alterou dispositivos da Lei Federal nº 6.194/74, diploma este que trata do seguro DPVAT pago obrigatoriamente pelos proprietários de veículos automotores. Segundo os impugnantes, as alterações perpetradas pela MP (que veio a ser convertida em lei), afetaram negativamente diversos direitos constitucionais dos segurados.

A exposição de motivos colacionada pelo ministro Fux não é, sabe-se já, exemplo de postura dialógica: a uma, porque, neste caso, inclusive, origina-se do poder executivo (e não do legislativo); a duas, pois, ainda que fosse uma exposição de motivos parlamentar, ela não seria representativa da instituição, apenas uma visão parcelar. Mais adiante em seu voto, porém, o ministro relator escreveu que:

[...] não são inconstitucionais as novas regras legais que modificaram os parâmetros para o pagamento do seguro DPVAT, abandonando a correlação com um determinado número de salários mínimos e estipulando um valor certo em reais. Além de a regra legal antiga, que adotava o salário-mínimo como critério, ser de duvidosa constitucionalidade, não existe proibição legal ou de índole constitucional quanto à fixação da indenização em moeda corrente. A adequação do novo critério legal empregado foi, inclusive, reconhecida expressamente no parecer elaborado pela Senadora Ideli Salvatti e juntado aos autos, *in verbis*:

a modificação proposta no art. 3º da lei do DPVAT (mais especificamente, sobre a substituição dos valores de indenização atualmente expressos em número de salários mínimos pelos montantes equivalentes em moeda corrente) facilita a compreensão e o cumprimento das regras estabelecidas, tornando a lei auto-aplicável. Ademais, o fim da indexação das indenizações ao valor

do salário-mínimo (a lei especifica o de maior valor vigente no País) evita os constantes aumentos das despesas com o pagamento dos benefícios, e, em consequência, os desequilíbrios que isso pode acarretar para o sistema. (documento eletrônico nº 26, petição nº 77.297/2011)

Como o argumento de que a supressão da indexação das indenizações pelo salário mínimo e sua consequente expressão em valores de moeda foi um dos utilizados na inicial para pedir a invalidação da lei, a remissão ao parecer da relatora de plenário, no Senado Federal, que deu por sua constitucionalidade, atende à baliza estipulada e permite a consideração como caso de diálogo constitucional. Esta classificação é robustecida por nova remissão feita pelo ministro Luiz Fux, quando, adiante em seu voto, estava a discutir a eventual mácula ao princípio da proibição de retrocesso:

Consoante ventilado pelo Senado Federal em suas informações (petição nº 77152/2011), foram criados mecanismos compensatórios; *verbis*:

o princípio da vedação ao retrocesso social se presta a obstar políticas públicas que possam ocasionar vulneração no núcleo fundamental de garantias sociais já estabelecidas, esvaziando, por completo, conquistas já alcançadas pelo cidadão e pela formação social em que ele convive.

Não há nenhum impedimento ou vedação à racionalização de políticas sociais já estabelecidas, especialmente quando os agentes públicos atuam para modificar a forma de prestação de assistência social ou serviços públicos de índole comunitária. O que se veda, como o próprio nome diz, é o total retrocesso em políticas públicas sociais, isto é, o aniquilamento do núcleo fundamental de direitos fundamentais.

Há casos em que os governantes, com base na legitimidade que lhe foi outorgada pelo sufrágio e no uso do poder discricionário que lhe é próprio, alteram a apenas a forma com que determinado serviço social é prestado, preservando a incolumidade de seu núcleo essencial.

Por outro lado, hipóteses há em que a Administração Pública, embora mantenha a essência e a forma de prestação de determinado direito social, altera-lhe aspectos meramente marginais e acessórios.

Não há que falar, nestes casos, em retrocesso social ou violação à aplicação progressiva dos direitos sociais, mas tão somente em uma correta e salutar autonomia administrativa dos governantes na implementação de políticas públicas. Não seria razoável,

tampouco desejável, que os governantes, uma vez criada ou desenvolvido determinado **mecanismo de atuação social, ficassem atrelados a idéia originalmente proposta, observando, completamente inertes, a evolução do corpo social e do panorama fático que lhe é correlato sem que dispusessem dos mecanismos necessários à sua atualização e adaptação.**

Na hipótese vertente, o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - DPVAT - foi criado em 1974, por meio da Lei nº 6.194. Viviam-se, à época, uma realidade social completamente diferente da atual, em que se multiplicaram, exponencialmente, o número de veículos automotores terrestres e, por conseqüência, a quantidade de acidentes automobilísticos.

O princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamento das garantias sociais.

Na ação que segue-se, pela ordem numérica, à análise, a ADIn 4424, o ministro Marco Aurélio, relator, iniciou o primeiro parágrafo de seu voto aludindo aos argumentos das informações do Senado Federal, ainda que para contestá-los. A ação, intentada pela Procuradoria-Geral da República, visava a interpretar os artigos 12, inc. I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) com vistas a que a iniciativa da ação penal fosse considerada como pública incondicionada (e não condicionada à representação). Disse o relator:

O Senado da República sustenta a impropriedade da ação. Parte da premissa segundo a qual a Constituição Federal não versa a natureza da ação penal – se pública incondicionada ou pública subordinada à representação da vítima. Sob tal ângulo, haveria, então, a denominada violência reflexa no que a disciplina do tema está em normas infraconstitucionais.

A visão amesquinha o processo objetivo e, mais do que isso, mitiga a Carta da República. Esta é dotada de princípios explícitos e implícitos. O que se coloca sob a apreciação do Supremo, guarda-mor da Constituição Federal, é saber se a previsão normativa a submeter o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, enseja tratamento igualitário, presentes lesões causadas em geral, tendo-se como necessária a representação.

Como se trata de clara disponibilidade de reconhecer os argumentos do Senado, ainda que para refutá-los, consubstancia-se o acórdão desta ADIn como dialógico.

Também foi dialógica a postura na ADIn 4430, na qual o relator, ministro Dias Toffoli, assim lançou trecho de seu voto:

O Senado Federal e a Advocacia-Geral da União arguem, ainda, a existência de óbice ao conhecimento da ADI nº 4.430, seja porque o estabelecimento das regras do exercício do direito de antena pelos partidos políticos foi deferido pelo constituinte ao legislador infraconstitucional, sendo impassível de controle, seja porque, tendo em vista a eficácia limitada do art. 17, § 3º, da Constituição Federal, densificado justamente pelo art. 47 da Lei nº 9.504/97, o acolhimento da interpretação veiculada na inicial transformaria esta Corte em legislador positivo, diante da modificação do significado contido nos dispositivos atacados.

Baseiam-se ambas as afirmações no conteúdo do julgado proferido na ADI nº 1.822/DF, Relator o Ministro **Moreira Alves**, na qual se impugnava, dentre outros, o art. 47, § 2º, da Lei nº 9.504/97, também ora objeto de impugnação. [...]

No mais, a sustentação do Senado Federal, na direção de que o controle de constitucionalidade não se prestaria à avaliação de opções legislativas feitas pelo legislador infraconstitucional, contrasta com a própria finalidade da jurisdição constitucional.

A ADIn, segundo o ministro relator, foi intentada pelo:

[...] Partido Humanista da Solidariedade (PHS), com o objetivo de questionar a validade da expressão “*representação na Câmara dos Deputados*” e dos incisos I e II contidos no § 2º do art. 47 Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), bem assim contra a integralidade do § 6º do art. 45 do mesmo diploma, para que, ao final, se estabeleça interpretação no sentido: (i) da repartição igualitária do tempo destinado à propaganda eleitoral entre os diversos partidos políticos e (ii) da impossibilidade “*de veiculação de propaganda/participação de filiados/candidatos que integrem a coligação nacional no horário eleitoral gratuito dos pleitos estaduais/regionais*”.

Bem resumido o objeto da ação nos trechos acima, é de se computá-la como tendo considerado as razões do legislativo, ainda que para contrariá-las.

A ação seguinte, ADIn 4543, também é um excelente exemplo de postura dialógica. O procurador-geral da República a protocolou para impugnar

o Art. 5º da Lei Federal nº 12.034/09, dispositivo este que passaria a exigir a impressão dos votos dos eleitores nas urnas eletrônicas de votação da justiça eleitoral. Num primeiro momento de seu voto, a relatora, ministra Cármen Lúcia, afirmou que

4. Para o Senado, em cujas informações se pleiteia o reconhecimento de inépcia da inicial, a premissa da Procuradoria Geral da República seria falsa, porque “a assinatura à qual se refere o dispositivo impugnado é da urna eletrônica, não do eleitor.... Fosse do eleitor, não estaria em jogo somente o sigilo do voto, mas todo o processo eleitoral, pois se já é difícil cobrar o próprio título do eleitor, imaginem exigir de cada votante assinatura eletrônica.”

A ministra foi mais longe, buscando evidenciar o âmago do trâmite parlamentar do projeto de lei que originou o dispositivo atacado:

7. A reintrodução do voto impresso pelo art. 5º da Lei n. 12.034/2009 decorreu do Projeto de Lei n.498/09, tendo recebido parecer contrário das Comissões Senatoriais de CCJ e CCT, em cujo relatório conjunto afirmaram os respectivos relatores (Senador Marco Maciel e Eduardo Azeredo):

“julga-se inadequado à celeridade e ao sigilo do processo eleitoral a utilização do voto impresso. A esse respeito, transcrevemos trecho do relatório do TSE, em que se avalia a questão para as eleições de 2002: ‘40. A experiência demonstrou vários inconvenientes na utilização do denominado módulo impressor externo. 41. Sua introdução no processo de votação nada agregou em termos de segurança ou transparência. Por outro lado, criou problemas: a) maior o tamanho das filas; b) maior o número de votos nulos e brancos; c) maior o percentual de urnas com votação por cédula – com todo o risco decorrente desse procedimento; d) maior o percentual de urnas que apresentaram defeito, além das falhas verificadas apenas no módulo impressor’.

Conforme expôs o representante do TSE nas audiências públicas realizadas pela CCT e pela CCJ, a melhor maneira de auditar a consistência dos Boletins de Urna com a real manifestação dos eleitores é acompanhar o procedimento de geração e validação das assinaturas digitais, os testes preliminares das urnas e, se necessário, requerer a verificação dos registros digitais do voto (arquivos RDV) com base nas próprias assinaturas, o que dispensa o uso do papel.

Foi também ressaltado pelo TSE a realização, desde 2002, de um procedimento de auditoria na véspera da eleição. O Tribunal sorteia uma amostra de urnas prontas para uso e verifica, na presença de um juiz

eleitoral e sob gravação em vídeo, o correto funcionamento dessa amostra.

A utilização de componentes mecânicos acoplados ou inseridos nas urnas eletrônicas aumentará drasticamente a taxa de falha desse equipamento, o que poderá exigir a votação em papel em diversas seções. Isso atrasará o cômputo dos votos e a conclusão do processo, bem como dará margem às mesmas fraudes já conhecidas no processo eleitoral não eletrônico...”

Assim, razão detinham os Relatores da CCJ e da CCT do Senado da República ao acentuarem que o voto impresso era tido como “inadequado à celeridade e ao sigilo do processo eleitoral...”.

Como se nota, há uma peculiaridade do caso contido nesta ADIn: é que o plenário do Senado Federal votou em sentido contrário ao parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Isto faz com que haja, inclusive, contradição entre a opinião das informações prestadas no bojo da ação – pela improcedência e, portanto, declaração de constitucionalidade – e aquela veiculada pelo parecer da CCJC – pela inconstitucionalidade do dispositivo. Tal diversidade de sentidos não se torna um problema, notadamente, porque, no acórdão em tela, a ministra Cármen Lúcia referiu ambas as fontes de arroamento parlamentar, seja para contestar, seja para concordar. É, inegavelmente, um gesto de consideração de argumentos.

Ainda no julgamento da mesma ADIn – e vale colacionar - assim votou o ministro Luís Roberto Barroso:

Em linha de princípio, considero plausíveis as alegações de que a presente ADI ataca não propriamente a Lei nº 12.034/2009, e sim uma eventual aplicação desastrosa que a ela se poderia dar. Da mesma forma, é importante que o Poder Judiciário conserve uma postura de humildade institucional, sendo deferente às escolhas do legislador que não sejam claramente irrazoáveis. Não basta, portanto, que o Tribunal considere a medida legislativa redundante, inconveniente ou simplesmente custosa, sendo necessário que se demonstre violação específica a determinada norma da Constituição. Esse ponto foi enfatizado nas bem elaboradas informações prestadas pelo Senado Federal e exigem a reflexão desta Corte.

Por meio da ADIn 4568, o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas (DEM) buscaram a invalidação do Art. 3º da Lei Federal nº 12.382/11, que permitiu à presidente da

República publicar anualmente o valor de reajuste do salário mínimo sem nova autorização específica do Congresso Nacional, dadas as balizas por índice oficial previstas na própria lei. Disse em seu voto a ministra relatora, Cármen Lúcia:

[...] os Autores argumentam que o que se contém na lei é delegação para que a Presidente da República fixe o valor do salário mínimo. O que o Congresso Nacional e a Presidente informam, secundados pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República, é que o valor já foi fixado pela Lei, cabendo à Chefe do Poder Executivo, por decreto, apenas atualizar e divulgar o valor segundo os parâmetros indicadores legalmente estatuídos. Para os Autores, a divulgação do novo quantum, a cada ano, por decreto desobedeceria o comando constitucional relativo ao tipo legislativo a se adotar para tal procedimento, enquanto para os Requeridos a Constituição teria sido observada, pois o valor foi fixado pela Lei, cabendo ao Poder Executivo tão somente a quantificação do reajustamento anual do valor e o aumento, quando for o caso, pela apuração, aritmética, do quantum devido pela aplicação àquele valor dos índices definidos pelo Congresso Nacional (art. 2º da Lei n. 12.382/11).

Mesmo que a consideração pelas razões do legislativo tenham se dado em paralelo às demais, isto não permite dizer que não foram observadas – e o voto foi pela improcedência. É exemplo dialógico, pois.

Indo adiante, na ADIn 4617, a PGR impugnou a nova redação dada pela Lei Federal nº 12.034/09 ao Art. 45, § 3º da Lei Federal nº 9.096/95, que versa sobre os legitimados a propor a representação contra propaganda partidária irregular – segundo a nova disposição, apenas os próprios partidos estariam legitimados. Em seu relatório o ministro relator, Luiz Fux, anotou:

O Senado Federal pugnou pela improcedência do pedido, na medida em que, segundo sustenta, as infrações aos incisos do caput do art. 45 da Lei nº 9.096/95, bem como a prática das vedações elencadas no § 1º do mencionado dispositivo não implicam, de ordem e necessariamente, violação à ordem jurídica e ao regime democrático, nem efetivo desrespeito aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública relativos a direitos constitucionalmente assegurados. Afirma, ainda, que a atuação do Ministério Público neste tipo de representação específica violaria o princípio da liberdade político partidária, nos termos dispostos no art. 17 da Constituição.

E, já no voto, respondeu:

Resulta claro [...] que não se pode considerar, como pretende o Senado Federal, que as questões relativas à propaganda partidária são meras contendas privadas, visto que atingem tão somente os interesses dos próprios partidos políticos, sendo estes isentos de qualquer ingerência estatal.

O desacerto da afirmativa é patente. A institucionalização dos partidos políticos, que tem assento constitucional, objetiva assegurar que os fatores reais do poder não sejam apropriados por mãos invisíveis e de interesses menos ortodoxos. É um controle jurídico mínimo para assegurar um debate de ideias, não um domínio dos fortes sobre os fracos. Bem por isso, a Constituição estabelece parâmetros claros para a criação de partidos, resguardando a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, dentre outros preceitos (art. 17). [...]

É caso de diálogo com as razões parlamentares, na hipótese, combatendo-as.

Novo caso de diálogo pode ser visto na ADIn 4947, apresentada para julgamento em conjunto com as ADIns 4963, 4965, 5020, 5028, 5130 e ADC-33. O foco de todas estas ações foram o Art. 1º da Lei Complementar Federal nº 78/93, que versou sobre o número máximo de representantes à Câmara dos Deputados, e a resolução TSE nº 28.389/13, que alterou o número de representantes dos Estados, supostamente para manter o critério constitucional de proporcionalidade da representação.

Discutindo em seu voto um dos argumentos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade da norma – a necessária reserva de Lei Complementar para efetuar alterações no número de deputados por Estado –, o ministro Luís Roberto Barroso disse que:

25. Em outras palavras: o art. 45, § 1º, da Constituição exige que a lei complementar discipline a matéria, mas não impõe (ou reserva) ao Congresso a promoção dos ajustes necessários antes das eleições. Por afinidade material, essa incumbência recai sob a responsabilidade da Justiça Eleitoral. [...] Na mesma linha, vale conferir o que afirmou a Comissão de Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, no parecer proferido durante a apreciação do projeto que resultou na LC nº 78/1993:

“Por outro lado, os ‘ajustes necessários’, no ano anterior às eleições significam, na prática, a execução de

cálculos numéricos que garantam a satisfação do mandamento constitucional de um número mínimo de oito e máximo de setenta deputados para os Estados e o Distrito Federal. Seria um absurdo jurídico supor, aqui, que uma lei complementar, a cada ano anterior às eleições, necessite ser editada para ajustar o número de representantes por Estado e pelo Distrito Federal, quando este ajustamento representa uma medida rotineira, quase de natureza administrativa, e que pode ser implementada a nível de resolução, portaria ou ato.”

26. Essa afirmação vai ao encontro da premissa desenvolvida anteriormente quanto aos papéis do Judiciário e da política ordinária na disciplina do tema: por envolver a própria funcionalidade da democracia, as questões envolvendo a representação política se submetem mais diretamente à jurisdição do que ao procedimento majoritário.

Tendo havido a citação das razões parlamentares na elaboração legislativa, especificamente aquelas presentes no parecer da CCJC da Câmara dos Deputados, tem-se por presente um elemento caracterizador do diálogo constitucional. Não obstante, há mais.

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto nestas ADIns sobre a distribuição da representação dos deputados federais, debruçou-se a comparar – e encontrar grandes diferenças – entre o mecanismo de publicação anual do valor do salário mínimo por Decreto Presidencial, chancelado na ADIn 4568, e a hipótese de a Justiça Eleitoral regular por resolução o número de deputados federais por unidade federativa, objeto destas ações. Assim anotou o ministro:

Na espécie, creio que estamos diante de situação diversa.

Acertadas, nessa senda, segundo entendo, as considerações lançadas pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados na petição inicial da ADI 5.130/DF⁴³⁹, cujo contexto é semelhante a este caso. Transcrevo, por oportuno, os seguintes trechos:

“(...) Não há no parágrafo único do artigo 1º da LC nº 78, de 1993, a fixação do critério matemático a ser utilizado para o cálculo das bancadas estaduais da Câmara dos Deputados. A lei determina apenas

⁴³⁹ É válido como fonte de diálogo esta petição inicial porquanto consubstancia-se em peça da lavra da própria Mesa da Câmara dos Deputados, a impugnar a constitucionalidade da Resolução do TSE que tentou alterar os limites da representação dos Estados naquela Casa Legislativa – e é dessa exato assunto que se tratava neste conjunto de ações em julgamento.

que será feito o cômputo, mas não fixa qual será a metodologia utilizada para atingir a finalidade.

9. Se a lei complementar houvesse assentado o critério aritmético a ser utilizado para o cômputo das bancadas, não haveria inconstitucionalidade e a situação seria idêntica à apresentada na ADI nº 4.568. Não obstante, não houve na lei complementar a escolha de uma metodologia, o que deixou um vácuo legislativo impossível de ser preenchido mediante resolução do Tribunal Superior Eleitoral.

10. A inconstitucionalidade da norma legal e da resolução editada pelo Tribunal Superior Eleitoral, assim, são patentes. **Isto porque a escolha da metodologia a ser utilizada para estabelecer o número de deputados de cada Estado na Câmara dos Deputados envolve um inegável juízo político, pois diferentes critérios provocam resultados distintos. Desse modo, o ato normativo editado pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao contrário do decreto presidencial que atualmente fixa o salário mínimo, produz inegável inovação no ordenamento jurídico, sendo inconstitucional.**

11. A contrario sensu o Tribunal deve aplicar ao caso em análise a mesma lógica aplicada na ADI nº 4.568, pois naquela ADI a norma secundária só não foi declarada inconstitucional porque não produziu inovação no ordenamento jurídico. Cabe lembrar, porque não, o princípio da integridade que deve ser mantido pela Corte Constitucional mediante as próprias decisões.

12. **Por sua vez, não há prova maior no sentido de que a escolha sobre a metodologia a ser utilizada para a definição das bancadas envolve um juízo político e inovação no ordenamento jurídico do que o próprio acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que justificou a edição da Resolução nº 23.389, de 2013”** [grifos no original].

Nova atitude dialógica pôde ser notada aqui.

Não foi diferente na ADIn 4976. Aqui, o *parquet* federal questionou a validade constitucional de diversos dispositivos da Lei Federal nº 12.663/12 - também conhecida como Lei Geral da Copa. O primeiro deles, o Art. 23, adotaria, segundo o PGR, a teoria do risco integral, por prever a indenização da União, inclusive, por danos não causados por seus agentes. Segundo o Ministério Público, a Constituição brasileira adotaria, no Art. 37, § 6º, a teoria do risco administrativo, incompatível com aquela. Discorando da tese do procurador-geral, o relator da ação, ministro Ricardo Lewandowski, socorreu-se da manifestação do Congresso Nacional:

De mais a mais, como bem observado pelo Presidente do Congresso Nacional, nas informações elaboradas pela Advocacia do Senado Federal, convém acrescentar que **“de risco integral não trata o artigo impugnado, conforme depreende-se de sua parte final”** (grifei). Isso porque há a expressa exclusão dos efeitos da responsabilidade civil *“na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”*.

Da mesma forma agiu o ministro Barroso:

3. O primeiro dispositivo impugnado é o art. 23, da Lei nº 12.663/2012, segundo o qual a União assumirá, perante a FIFA, os efeitos da responsabilidade civil pelos danos resultantes de incidentes ou acidentes de segurança ocorridos nos eventos esportivos de que se trata. Nesse ponto, com as devidas vênias, não concordo com o argumento de que a previsão legal seria incompatível com o art. 37, § 6º, da Constituição, que estabelece a responsabilidade objetiva do Poder Público pelos danos causados por seus agentes. E isso por dois fundamentos complementares.

4. Em primeiro lugar, na linha do que sustentou o Senado Federal em suas informações, não descarto de plano a possibilidade de que o legislador opte, em situações particulares, por um regime de responsabilização mais abrangente do que aquele definido, como regra geral, no art. 37, § 6º. Como se sabe, esse dispositivo é fundado na ideia de repartição equitativa dos ônus e bônus associados à atividade estatal, impondo ao Poder Público o dever de indenizar os danos que venha a causar, independentemente da prova de culpa. Isso faz com que os prejuízos sejam absorvidos pela coletividade, como efeitos colaterais da ação pública exercida em seu nome e para o seu proveito. Penso que a regra constitucional não deve ser interpretada, porém, como impedimento absoluto a que o legislador avalie contextos atípicos e, se for o caso, institua regimes excepcionais de responsabilização mais ampla. A validade dessa eventual opção legislativa há de ser avaliada no seu próprio contexto, e não por uma sobreinterpretação do texto constitucional, em detrimento da deliberação parlamentar.

Tornando a fazê-lo quanto a outro dispositivo questionado da Lei Geral da Copa, aquele que concedia prêmio em dinheiro e pensão aos ex-jogadores das Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970:

7. O segundo item da impugnação versa sobre a concessão de prêmio em dinheiro, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) aos jogadores de futebol que atuaram nas Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, bem como de benefício mensal aos que estejam em dificuldades financeiras.

Quanto a esse ponto, a ação direta sustenta que haveria ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que inexistiria qualquer “razão valiosa para o bem público” capaz de conferir suporte à medida. Também aqui, novamente com o respeito devido e efetivamente merecido, penso que não assiste razão ao pedido do eminente Procurador-Geral da República. Conforme consta das informações prestadas pelo Senado Federal e pela Advocacia-Geral da União, os benefícios em exame têm alcance bastante limitado e baseiam-se na avaliação política de que os referidos jogadores realizaram um feito notável, contribuindo para desenvolver um traço marcante da cultura nacional e difundir o nome do Brasil no mundo.

E arrematou:

Ainda do ponto de vista constitucional, eu penso que esta é uma hipótese típica de autocontenção judicial. Trata-se de uma lei que foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo. Por mais crítica que seja a visão que um juiz possa ter dessa decisão política, eu não acho que o Supremo deva ou queira ser juiz de decisões de conveniência e oportunidade tomadas pelos agentes públicos eleitos, no caso, o Presidente da República e o Congresso Nacional.

Estes são, pois, os elementos que se julga pertinente noticiar, por relevantes à ilustração dos achados de pesquisa. A discussão quanto aos resultados, numa visão um pouco mais abrangente e voltada à compreensão do fenômeno evolutivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à relevação dos argumentos parlamentares sobre a constitucionalidade das leis e Emendas à Constituição será trabalhada na Seção 4.4 deste Capítulo, juntamente com os demais tópicos pesquisados. Agora passa-se à forma como o Congresso Nacional opera quanto às razões do STF.

4.2 Argumentos do judiciário são considerados?

Conforme esclarecido no Capítulo 3, da metodologia da pesquisa, a fonte de análise acerca da postura do legislativo quanto aos argumentos de constitucionalidade expendidos pelo STF quando realiza seus julgamentos serão os projetos de resolução do Senado que visam a suspender a execução

de lei declarada inconstitucional pelo tribunal em sede de controle concreto de constitucionalidade (Art. 52, X, da CF/88).

O primeiro passo para localizar os casos a serem verificados foi realizar pesquisa avançada no sítio eletrônico do Senado Federal (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>), apontando como critérios, no “Tipo de matéria”, os “OF. – Ofício (Externo)”; e, no campo “Autor”, escrevendo a expressão “presidente do supremo tribunal federal”. Isto, contudo, não basta, porquanto, ao longo dos anos, a classificação de ofícios oriundos do tribunal foi sendo alterada no banco de dados do Senado, ora apresentando-se como autor a expressão “presidente do supremo tribunal federal”, ora apenas como “supremo tribunal federal” e, em alguns casos, como “judiciário”.

Assim, além do primeiro critério de pesquisa elencado, realizou-se, em sobreposição, pesquisa tendo como balizas o “Tipo de matéria” e ali selecionando “OFS - Ofício ‘s’” (que é a categoria dos ofícios de suspensão de execução de normas declaradas inconstitucionais) e, além disso, acionando, no campo “Natureza”, a hipótese “Suspensão de execução de lei inconstitucional”. Poderia-se perguntar: por que não utilizar apenas os resultados deste segundo balizamento? A resposta é: infelizmente, há ofícios que, a despeito de comunicarem ao Senado a declaração de inconstitucionalidade de normas em controle concreto do STF, não foram classificados como “Ofício ‘s’” (como exemplo, o SF DIV 9/1994). Assim, a fim de abarcar a totalidade dos ofícios de comunicação recebidos e processados pelo Senado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve-se por bem sobrepor os resultados dos dois critérios de pesquisa acima relatados, o que garantiu maior segurança quanto ao que foi analisado.

Outro aspecto a ponderar é o motivo pelo qual optou-se por pesquisar ofícios recebidos do STF e não, diretamente, os projetos de resolução do Senado (fase normalmente seguinte à do ofício) que tenham como objeto a suspensão de dispositivos julgados inconstitucionais, em controle concreto, pelo Supremo Tribunal Federal. Caso optássemos pelos projetos de resolução, isto enviesaria a pesquisa, uma vez que tais projetos somente são criados no momento em que Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do

Senado Federal aprova o parecer do relator indicando a posição favorável do colegiado à suspensão. Ou seja, se pesquisássemos apenas os projetos de resolução, estariam fora da análise os eventuais casos em que a Câmara Alta tenha optado por denegar a suspensão, isto sem falar daqueles que permanecem tramitando.

É necessário ver também que, por norma regimental, as matérias não deliberadas até o final da legislatura eram, até 2002⁴⁴⁰, automaticamente arquivadas ao seu término, sendo desarquivadas, apenas, por pedido explícito de parlamentar. Não se deve desconhecer que, em muitos casos, a ausência de deliberação destes ofícios seja, em si, uma forma de rejeitar a decisão pela suspensão dos dispositivos julgados inconstitucionais – é uma não decisão que decide. Em função da alteração da norma do Regimento Interno sobre o arquivamento automático de proposições de competência exclusiva do Senado, não há, de outra feita, nenhum ofício que tenha sido arquivado, aguardando deliberação, após 2002 (aqueles que não foram decididos continuarão a tramitar, indefinidamente).

Por fim, num olhar ao Art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal poderia alguém impugnar a ausência de buscas a ofícios do procurador-geral da República, assim legitimado (inc. II), tal qual o presidente do STF (inc. I), a acionar o procedimento de suspensão de execução do Art. 52, X, da Constituição Federal. Ocorre que, da experiência dos últimos 27 anos, tem-se que é o presidente do STF quem tem exercido a prerrogativa, inclusive por previsão regimental⁴⁴¹. Não deve causar espécie, por fim, que a pesquisa não tenha sido feita diretamente nos projetos de resolução de autoria de senador, que pode propô-lo *sponte sua*, sem qualquer comunicação externa (inc. III do Art. 386 do RISF). É que, cotejando a pesquisa dos ofícios com outra, realizada apenas nos projetos de resolução, percebe-se que todos estes são oriundos da

⁴⁴⁰ Em 2002 foi aprovada a Resolução nº 17, que alterou o Art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal, passando a prever em seu inc. VI as proposições que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52) não seriam mais arquivadas automaticamente.

⁴⁴¹ Veja-se o teor do Art. 178 do Regimento Interno do STF: “**Art. 178.** Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII (atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X), da Constituição.”

tramitação daqueles; em outras palavras, os senadores não costumam iniciar proposições com vistas a suspender dispositivos de lei declarados inconstitucionais, pelo STF, em controle concreto de constitucionalidade.

Como resultado da busca com estas balizas, o sistema eletrônico de pesquisas do Senado apresentou, em 10 de janeiro de 2016, 220 (duzentos e vinte) ofícios. Devem ser excluídos deste universo 167 (cento e sessenta e sete) ofícios, por se tratarem de matérias alheias ao tema “comunicação de declaração de inconstitucionalidade” ou porque comunicam declaração de inconstitucionalidade de normas estaduais, distritais, municipais, de atos normativos do âmbito interno de tribunais e outros atos infralegais. Como é perceptível, estes refogem às competências legislativas do Congresso Nacional e, portanto, não se deve ter sobre eles a expectativa de um juízo autêntico sobre a constitucionalidade à luz do que cabe ao legislativo da União. Em suma, remanesceram os ofícios que comunicavam a declaração de inconstitucionalidade de normas federais. A listagem dos ofícios excluídos da análise, com as respectivas razões, consta no Anexo 4.

Restaram, assim, 53 (cinquenta e três) ofícios de comunicação de declaração de inconstitucionalidade em controle concreto, agrupados em **44 (quarenta e quatro) processos** – dado que alguns tramitaram conjuntamente –, que serão objeto de análise neste tópico. Os elementos verificados, em cada ofício apontado, são: o número do ofício; o número e tipo da ação em que o STF julgou a inconstitucionalidade *in concreto*; a data de protocolo do ofício no Senado; os dispositivos e o diploma legislativo que teve declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado; o número do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que o analisou (quando haja); o teor do parecer; a notícia de se o parecer foi ou não apreciado; o número do projeto de resolução do Senado respectiva (quando for o caso); se houve ou não aprovação da resolução suspendendo os dispositivos; o número da resolução produzida (quando for o caso); e se houve ou não, nos debates realizados na CCJC e/ou no parecer aprovado, consideração dos argumentos dos ministros do STF sobre a inconstitucionalidade da norma quando da apreciação dos senadores na CCJC.

Ressalte-se que, também aqui, como no item anterior em que analisadas as tramitações das ADIns, serão considerados os casos de aprovação e mesmo de não aprovação das resoluções de suspensão. O processo de pesquisa parte de, conhecendo o universo dos ofícios a verificar, focalizar em cada um a tramitação para perceber se houve a conversão ou não em projeto de resolução, o que pressupõe a aprovação de parecer na CCJC. Será analisado, pois, este parecer e, em qualquer caso, o debate realizado no âmbito da Comissão. O parecer pode ser encontrado no Diário do Senado da data respectiva. Já o debate travado sobre a matéria deve ser buscado no sítio específico da CCJC (<http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?1&codcol=34>), pesquisando-se pelo dia da sessão e obtendo-se a ata pertinente.

Assim como no tópico de análise das ações diretas de inconstitucionalidade, faz-se necessário dizer o que será aceito como consideração de razões por parte do legislativo. E, no mesmo norte já assumido, ter-se-á um nível de exigência baixo, bastando, para aceitar que tenha havido a consideração de argumentos, que apenas um senador tenha feito remissão expressa aos motivos lançados pelo STF para considerar a norma como sendo inconstitucional. Estes argumentos, naturalmente, serão buscados pelos parlamentares nos acórdãos alcançados nos ofícios do presidente do STF. Serão consideradas manifestações dos senadores nos debates realizados nas sessões da CCJC e/ou nos pareceres apresentados como proposta de decisão a esta Comissão. A seguir apontam-se os achados relevantes de pesquisa, em ordem cronológica.

O primeiro ofício a considerar é o que tramitou sob a sigla SF DIV 9/1994. Ele foi recebido em 23 de setembro de 1994 e comunicava a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*avulsos, autônomos e administradores*” do inc. I do Art. 3º da Lei Federal nº 7.787/89, ocorrida nos autos do recurso extraordinário 177296-4/210. No dia 27 do mesmo mês de setembro, ele foi remetido da Mesa Diretora à CCJC, que nada fez desde então. A matéria acabou sendo sumariamente arquivada ao final daquela legislatura, permanecendo assim até o presente momento. Em tese, poderia

haver o desarquivamento, mas trata-se de algo bastante improvável, passados mais de vinte anos dos eventos.

O próximo ofício, em sequência temporal, sobre a declaração de invalidade de norma federal recebeu o número SF OFS 31/1997 e veiculava a comunicação de inconstitucionalidade, sem redução de texto, da expressão correspondente ao período-base de 1989, constante no *caput* do Art. 1º da Lei Federal nº 7.988/89, enquanto referida ao inc. II do mesmo dispositivo. Neste caso a tramitação foi bastante diversa do anterior. Em 13 de abril de 2005, o OFS 31/1997 chegou a receber parecer do então relator, senador José Jorge, pelo arquivamento. No entanto, tal parecer não chegou a ser votado e, com o fim da legislatura e a não recondução do parlamentar à CCJC, a proposição acabou ganhando sucessivos novos relatores, nenhum dos quais tendo concluído e votado seu parecer. Até que, em 13 de dezembro de 2011 foi dada a matéria à relatoria do senador Aloysio Nunes, que apresentou o parecer S/N no dia seguinte. Nele podem ser lidos os seguintes excertos:

Esta Casa recebeu, em 16 de abril de 1997⁴⁴², o Ofício nº 22/P-MC, do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, instrumento pelo qual Sua Excelência comunica a decisão daquela Corte nos autos do Recurso Extraordinário nº 183119-7, para que este Senado Federal exerça a competência que lhe chega do inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

No referido julgado foi declarada a inconstitucionalidade, sem redução de texto, da expressão *correspondente ao período-base de 1989*, constante no *caput* do art. 1º da Lei nº 7.988, de 28 de dezembro de 1989, enquanto referida ao inciso II do mesmo dispositivo.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, no acórdão, a manifesta incompatibilidade da aplicação atribuída pelo Governo Federal ao dispositivo com o princípio da anterioridade mitigada, constante do art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

Acompanham o expediente referido cópias da norma impugnada, da certidão de trânsito em julgado e da manifestação da Procuradoria-Geral da República nos autos. [...]

A Constituição Federal determina, no inciso X do art. 52, competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁴² A data correta do recebimento é 10 de abril de 1997.

Essa excepcional competência desta Casa Legislativa tem por fundamento a necessidade de estender, para todos, os efeitos de decisão incidental de inconstitucionalidade de lei, ou parte dela, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente quando do julgamento de recurso extraordinário, dado que, naquele Tribunal, a decisão apenas atinge as partes no processo.

O interesse em evitar a multiplicação de ações judiciais idênticas conduziu ao Senado Federal a competência para, suspendendo a aplicação da lei ou da parte desta impugnada pela nossa Corte Constitucional, conduzir a norma dita inconstitucional à inaplicabilidade e, com isso, retirar o interesse jurídico de agir de eventuais interessados.

No caso em tela, embora os efeitos práticos da suspensão do dispositivo declarado inconstitucional sejam reduzidos, em razão do longo prazo decorrido, cumpre ao Senado Federal exercer sua competência para determinar a aplicação *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal, atingindo os processos judiciais eventualmente em curso em que se discuta a aplicação do inciso II do art. 1º da Lei nº 7.988, de 1989.

[...]

Pelo exposto, votamos pela suspensão da expressão "correspondente ao período-base de 1989", contida no *caput* do art. 1º da lei nº 7.988, de 28 de dezembro de 1989, enquanto referida ao inciso II do mesmo dispositivo.

Até o presente momento, a proposição encontra-se pronta para ser colocada em pauta na CCJC do Senado, não tendo sido deliberada, contudo. Como se pode ver dos trechos acima copiados, o parlamentar apenas contextualiza a competência da Câmara Alta para a imposição da eficácia vinculante e do efeito *erga omnes* à decisão incidental de inconstitucionalidade do STF. Ele não adentra ao mérito do porque tenham sido os dispositivos declarados inconstitucionais, tampouco cogita verificar, nas peças juntadas aos autos da matéria, as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal achou por bem julgar desta forma. O senador Aloysio Nunes, simplesmente, assevera que a suspensão da norma é da competência do Senado, diz que os efeitos serão pequenos porque já passado muito tempo da declaração de inconstitucionalidade e recomenda a aprovação da resolução operando a suspensão dos dispositivos.

Como o parecer não foi pautado até o momento, não se pode recorrer a eventuais debates, nos quais algum outro parlamentar poderia questionar o mérito, em si, dos dispositivos impugnados. Por ora, contudo, tomando por

base apenas o parecer acostado à tramitação, tem-se que esta não é um caso em que se possa cogitar de uma postura dialógica por parte do Senado da República.

O SF OFS 56/1997, recebido em 15/07/1997, comunicou a declaração de inconstitucionalidade do Art. 10 da Lei Federal nº 2.145/53, com a redação dada pela Lei Federal nº 8.387/91. Em 23 de março de 2005 foi aprovado o parecer do senador Jefferson Péres, em relatoria *ad hoc* do senador Demóstenes Torres, de nº 779/2005. Com tal aprovação, gerou-se o projeto de resolução nº 19/2005. Nos manifestações constantes da ata da reunião da CCJC do dia da aprovação, não houve qualquer arrolamento de argumentos ou detalhamento da matéria, apenas a votação pura e simples. Já no texto do parecer aprovado lêem-se os seguintes trechos:

O referido Recurso Extraordinário, do Estado de Santa Catarina, concluiu pela inconstitucionalidade da Taxa de Licenciamento de Importação – TLI.

O dispositivo declarado inconstitucional é redigido nos seguintes termos:

“Art 10. A licença ou Guia de Importação ou documento equivalente será emitida mediante o pagamento de emolumento, conforme tabela elaborada anualmente pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, como ressarcimento dos custos incorridos nos respectivos serviços.”

Assim, conforme o parecer do Relator, Ministro Carlos Velloso, o supracitado artigo alterou a denominação do rédito, que antes era chamado de taxa, e, agora, passa a se chamar emolumento. Perquire, então, se a modificação transforma a taxa em preço público, já que a base de cálculo também foi alterada, e conclui o parecer argumentando que “o denominado ‘emolumento’ é, na verdade, uma taxa, porque remunera atividade estatal específica, o exercício do poder de polícia administrativa, que deflui da mesma Lei nº 2.145, de 1953, art. 2º Posta esta questão, segue-se a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal, dado que ali não está fixada nem a base de cálculo e nem a sua alíquota. É dizer, a lei não estabelece a base de cálculo da taxa e nem a sua alíquota, delegando à autoridade administrativa a elaboração de tabela anual para ‘ressarcimento dos custos incorridos nos respectivos serviços’, violando-se, destarte, o princípio da legalidade tributária (C.F., art. 150, I, CTN, art. 97, IV).”

Logo, vistos amiúde os argumentos pelos quais o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos e resolvendo exercer a

prerrogativa do Art. 52, X, da CF/88, considera-se que houve, aqui, caso de postura dialógica.

O próximo é o SF OFS 6/1999, datado de 10 de fevereiro de 1999. Ele teve parecer favorável à proposição de projeto de resolução de suspensão na sessão de 01 de setembro de 1999 da CCJC. Assim se pronunciou o relator, senador Jefferson Péres, conforme apontamentos da ata:

O SR. JEFFERSON PÉRES - Desta vez se trata, portanto, de lei federal, Sr. Presidente. O Supremo entendeu conterem alguns dispositivos vulneradores da Constituição, exatamente os incisos II e III do art. 1º da Lei Federal nº 8.033, de 12 de abril de 1990. Acatei e estou propondo esse projeto de resolução.

É o parecer, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE(José Agripino) - Em discussão a matéria. (Pausa)

Não havendo quem queira discutir, encerro a discussão. Em votação.

Os Srs. Senadores que a aprovam queiram permanecer sentados. Pediria o de acordo dos Srs. Senadores para manter os mesmos votos dados ao item 17 da pauta. (Pausa)

Aprovado por unanimidade. [...]

Nenhum laivo de aprofundamento na apreciação, como se pode perceber. No parecer, de nº 804/1999, contudo, há o seguinte trecho que permite constatar a apreciação e, neste caso, concordância com os argumentos do STF para julgar inconstitucionais os dispositivos em questão:

Apesar de não haver prazo para a deliberação suspensiva senatorial (conforme Regina Maria Macedo Nery Ferrari, in: Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade, 311 edição, RT, São Paulo, 1992, p. 115), temos para nós, no caso a conveniência política da suspensão imediata dos dispositivos impugnados, a partir da verificação do cumprimento dos requisitos regimentais e da importância da matéria, **entendendo nós, como o Supremo Tribunal Federal, que a proteção constitucional do contribuinte configura direito individual fundamental.** [Grifo nosso].

O projeto de resolução nº 107/1999 foi aprovado, resultado na resolução do Senado nº 52/99, que suspendeu a execução dos incisos II e III do art. 1º da Lei nº 8.033/90.

O próximo ofício analisado tramitou sob a sigla SF OFS 13/1999, tendo dado entrada em 26 de março de 1999. O seu destino foi diverso dos acima

mencionados. Neste caso, o relatório do senador Mozarildo Cavalcanti, pela propositura do projeto de resolução, foi aprovado na reunião de 30 de março de 2005 da CCJC⁴⁴³. No entanto, a Presidência do Senado requereu o reexame da matéria, por meio do ofício nº 70/2005, uma vez que já fora aprovada a resolução do Senado nº 35, que “suspende a execução dos incisos I e III do art. 7º da Lei Federal nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991”. O que ocorreu, na prática, foi que o STF declarou a inconstitucionalidade de tais dispositivos no bojo de dois recursos extraordinários, de nºs 221946 e 225759, tendo realizado, respectivamente, as comunicações por meio dos ofícios que tramitaram sob os nºs SF OFS 13/1999 e SF OFS 15/1999. Quando o primeiro destes ofícios teve seu parecer, pela suspensão dos dispositivos, aprovado na CCJC, o segundo também já havia sido convertido em parecer e este já havia produzido a resolução de suspensão de nº 35/99. Ou seja, o OFS 13/1999 perdeu, durante a tramitação, seu objeto em virtude da aprovação superveniente da suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais no processamento do OFS 15/1999. Eis o porque de o senador Romero Jucá ter proposto – e igualmente aprovado – novo parecer, de nº 1.409/2012, à CCJC, em 07 de novembro de 2012, pelo arquivamento da proposição em virtude de ter restado prejudicada. Por estas razões sequer seria de se cogitar da possibilidade de postura dialógica no caso, o que se poderá avaliar, na sequência, no bojo do ofício que realmente suspendeu as normas aqui mencionadas.

Este é o SF OFS 15/1999, que adentrou ao Senado em 22 de abril de 1999, avisando que o STF declarara a inconstitucionalidade dos incs. I e III do art. 7º da Lei Federal nº 8.162/91. Ele foi distribuído à CCJC e teve o parecer do senador Bernardo Cabral aprovado em 11 de agosto de 1999, favorável à suspensão dos dispositivos nos termos do Art. 52, X, da Constituição Federal. Com a não apresentação de recursos no prazo regimental, foi promulgada a resolução do Senado nº 35/99, operando a suspensão dos dispositivos. Na ata

⁴⁴³ Fosse o caso de considerar esta aprovação, ter-se ia duas dificuldades: o parecer do senador Mozarildo Cavalcanti não está disponível no sítio do Senado, e a ata da reunião da CCJC do dia 30 de março de 2005 traz, no momento da aprovação deste parecer, apenas o seguinte: “**O SR. PRESIDENTE** (Antonio Carlos Magalhães. PFL - BA) – Item 17, Mozarildo Cavalcanti. **(Fala fora do microfone.)**”, passando-se, ato contínuo, ao próximo item da pauta. Ou seja, não houve nenhum debate parlamentar acerca da aprovação deste parecer.

da CCJC em que foi aprovado o parecer pela tramitação do projeto de resolução lê-se, apenas, o seguinte:

O SR. BERNARDO CABRAL - Sr. Presidente, se V. Ex^a me permitir, o último item da pauta, o 20^o, trata do ofício do Supremo Tribunal Federal que encaminha ao Senado cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República referente à Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1998, referente à certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela Corte nos autos do Recurso Extraordinário nº 225.759, que declarou a inconstitucionalidade dos incisos I e III do art. 7^o da referida lei ordinária. Como sabe V. Ex^a, o Senado, ao se manifestar, acolhe, quando assim o entende, e conclui por projeto de resolução, que é o que o parecer do relator que ora usa a palavra o faz. Pela suspensão dos incisos I e III do artigo ainda agora mencionado.

É o parecer, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE (José Agripino) - O parecer, portanto, é pela aprovação.

A matéria está em discussão. (Pausa)

Não havendo quem queira discutir, está em votação.

Os Srs. senadores que concordam com o parecer do Senador Bernardo Cabral permaneçam como se encontram. (Pausa)

Aprovado.

Como se vê, nenhum debate houve sobre o mérito das normas declaradas inconstitucionais. O texto do parecer, contudo, publicado no Diário do Senado de 25 de agosto de 1999, fez, ainda que laconicamente, alusão às razões pelas quais o STF julgou inconstitucionais os dispositivos, concordando com elas:

O Supremo Tribunal Federal [...], por voto condutor do Ministro Moreira Alves, e de forma unânime, conheceu e deu provimento ao extraordinário, **amparando a tese do direito adquirido do recorrente, por conta da prescrição constitucional contida no art. 5^o, XXXV, da Lei Fundamental.** [Grifo nosso] [...]

O sistema de controle de constitucionalidade de normas, no Brasil, em que pese ser dos mais complexos de que se tem notícia, ainda não apresenta, quer na concepção teórica, quer na prática, um funcionamento livre de críticas. O debate da questão constitucional federal, propiciado tanto pela via difusa quanto pela concentrada, com fundas diferenças quanto à legitimação ativa, competência, limites materiais da lide, efeitos e eficácia, não apresenta, ainda uma perfeição que permita o desafogo do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, da enorme quantidade de processos repetidos que lhe chegam para decisão. [...]

À mingua de uma solução mais firme e definitiva para a condição da lei dada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujos efeitos, processualmente, são produzidos e limitados **inter partes**, manteve o constituinte ordinário de 1987 - 88 a competência do Senado Federal (CF, art. 52, X) para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva" do Supremo Tribunal Federal. Essa figura, introduzida no sistema brasileiro pela Carta de 1934, perdeu, de acordo com algumas lições doutrinárias (Gilmar Ferreira Mendes, *in* Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1998, pp. 376-7), muito de sua utilidade, à vista do controle abstrato de normas sensivelmente incrementado pelo sistema da Carta Política vigente. Permanece, contudo, útil para o trato adequado da decisão incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. [...]

Trata-se, não obstante a força dos efeitos, de atribuição facultativa deste Senado Federal, segundo as melhores lições doutrinárias. Facultativa, política, irreversível e, ocorrendo, atrelada à extensão material do julgado do Supremo Tribunal Federal (na lição precisa do Ministro José Celso de Mello Filho, *in* A Constituição Federal Anotada, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 183), representando essas questões matéria preclusa no âmbito doutrinário e, em grande medida, também no jurisprudencial. Vai, portanto, veicular juízo de valor, de fundo eminentemente político, de conveniência política, desta Casa, quanto à necessidade de suspensão da norma impugnada pela via da exceção.

A violência normativa a direito adquirido daqueles que sustentam o funcionamento do aparelho do Estado deve merecer, de parte deste Senado Federal, a mais imediata e firme reprimenda, o que se faz, ora, sob o abrigo da competência especial aberta pelo art. 52, X, da Constituição Federal vigente. [Grifo nosso]

Pelo exposto, votamos pela suspensão dos incisos I e 111 do art. 7º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, impugnada pela Suprema Corte, oferecendo, por conseguinte, o projeto da resolução suspensiva necessária a esse ato.

A longa colação justifica-se: é que ela é uma petição de princípios do Senado, recorrente *ipsis litteris* em diversos outros pareceres de relatores da CCJC (provavelmente um “modelo” muito utilizado para redação de análogos). Nesta manifestação, a Casa Legislativa diz que é competente para decidir sobre a suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais, além de referir que tal decisão é uma prerrogativa sua, podendo, inclusive, decidir pela não-suspensão. Além disso, neste caso específico do OFS 15/1999, vê-se que o relator referiu expressamente o motivo apontado pelo ministro Moreira Alves,

em voto condutor do RE 225759, para a declaração de invalidade, ou seja, o ferimento do direito adquirido pelos dispositivos em tela. Assim, este será considerado um caso em que o legislativo considerou os argumentos do judiciário para suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF.

Dando sequência à análise, vai-se ao SF OFS 27/1999, recebido em 29 de julho de 1999, cientificando o Senado da declaração de inconstitucionalidade do Art. 12 da Lei Federal nº 5.868/72, na parte em que revogou o Art. 15 do Decreto-lei nº 57/66 (além de um dispositivo de Lei Municipal que ressaia às competências legislativas do Senado). Em 06 de abril de 2005, foi aprovado na CCJC o parecer *ad hoc* nº 682/2005 do senador Demóstenes Torres pela suspensão dos dispositivos, gerando o projeto de resolução nº 16/05. Não tendo havido recursos em plenário, a proposição foi promulgada como resolução nº 09/05, no dia 09 de junho de 2005, suspendendo dos dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF.

Indo aos debates na sessão das CCJC que aprovou o parecer nº 682/2005, novamente vê-se que não houve discussão alguma. O trecho que interesse é o seguinte, sabendo-se que o OFS 27/1999 era o item 3 da pauta:

O SR. PRESIDENTE (Antonio Carlos Magalhães. PFL – BA) – E o Item 3.

O SR. DEMÓSTENTES TORRES (PFL – GO) – Sou favorável, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE (Antonio Carlos Magalhães. PFL – BA) – Peço a V. Ex^a que relate também o Item 4. [...]

O SR. PRESIDENTE (Antonio Carlos Magalhães. PFL – BA) – Em discussão. (Pausa.)

Não havendo quem peça a palavra, encerro a discussão.

Em votação os processos constantes dos Itens 1 a 5.
[...]

Foram aprovados os ofícios.

As matérias serão encaminhadas à Secretaria da Mesa para providências.

Já, no texto do parecer oferecido, publicado no Diário do Senado de 26 de maio de 2005, são relevantes os seguintes trechos:

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária do dia 8 de outubro de 1998, por unanimidade de votos, manifestou-se, favoravelmente ao pleito do recorrido, declarando, **incidenter tantum**, as inconstitucionalidades arguidas [...].

O referido art. 12 da Lei 5.868/72 foi julgado inconstitucional pelo STF, mediante o recurso extraordinário referente a este Ofício em exame, em razão dessa lei ordinária federal não poder revogar dispositivo daquela lei federal – Decreto-lei nº 57/66 – de natureza complementar, tendo em vista a imposição constitucional que veda ao legislador tratar, mediante lei ordinária, de matéria do âmbito normativo de lei complementar. [...]

Ante o exposto, observadas as normas constitucionais e regimentais pertinentes à matéria, atendendo, mais, à conveniência e oportunidade, impõe-se que se formule projeto de resolução, em obediência ao art. 388 do Regimento Interno do Senado Federal.

Aqui, novamente, o Senado, para suspender os dispositivos de lei, considerou expressamente as razões sustentadas pelo STF para declarar a inconstitucionalidade, razão pela qual será este caso considerado como dialógico.

O próximo, SF OFS 40/2000 recebeu-se a 11 de maio de 2000, comunicando a declaração de inconstitucionalidade da disposição inscrita no Art. 15 da medida provisória nº 1.212/95 - "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" - e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei Federal nº 9.715/98, Art. 18. A apreciação da matéria se deu por meio do parecer nº 683/2005, do senador Antônio Carlos Valadares, em relatoria *ad hoc* do senador Demóstenes Torres na sessão de 06 de abril de 2005. Na ata de tal sessão se constata que não houve nenhum debate sobre a matéria. Do parecer aprovado se colacionam os seguintes pontos:

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária do dia 2 de agosto de 1999, por votação majoritária, pronunciou-se pelo conhecimento do recurso, dando-lhe provimento, em parte, e declarando, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade argüida, ficando a ementa do venerando acórdão assim resumida:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS/PASEP. PRINCÍPIO DA

ANTERIORIDADE NONAGÉSIMAL. MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO.

I – Princípio da anterioridade nonagesimal: C.F., art. 195, § 6º, contagem do prazo de noventa dias. Medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória.

II – Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28.11.95 – “aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995” – e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18.

III – Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias:

IV – Precedentes do S.T.F.: ADIn 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, “DJ” de 15.8.97; ADIn 1.610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE nº 221.856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2º T., 25-5-98.

V – R.E. conhecido e provido, em parte. [...]

Ademais, a disposição inscrita da Medida Provisória realmente vicia o dispositivo, e portanto deve ter sua execução suspensa. Era de fato necessário disciplinar o PIS, e assim o fez a Medida Provisória sob análise.

O Programa de Integração Social já estava previsto em lei, mas era preciso discipliná-lo com relação à sua base de cálculo, substituindo-a, em atendimento ao princípio da isonomia tributária, de grande importância, insculpido da Carta Política como um dos princípios centrais de nosso ordenamento constitucional.

O **caput** do art. 195 da Constituição Federal estabelece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...).

O § 6º do mesmo dispositivo determina que as contribuições de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto na art 150º III. b.

Os referidos dispositivos não foram alterados pelas Emendas Constitucionais nºs 20, de 1998, e 42, de 2003.

A Medida Provisória, editada em 28 de novembro de 1995, no seu art. 15 impôs que se aplicasse seus comandos aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995, determinação que certamente fere o citado preceito constitucional. Dessa forma, exigível se faz a formulação do projeto de resolução suspendendo a segunda parte do art. 15 da Medida.

O parecer foi transformado no projeto de resolução nº 17/2005 e, não tendo havido recursos, tornou-se a resolução do Senado nº 10/05. Como se pode perceber nos trechos acima do parecer do relator da CCJC, o Senado adentrou com percuciência aos meandros do julgamento do STF, debatendo e concordando com as razões utilizadas pelo tribunal para a declaração de inconstitucionalidade e, por isso, decidindo por suspender os dispositivos em questão. É exemplo de atitude dialógica.

Em sequência, tem-se o SF OFS 42/2000, acerca da declaração de inconstitucionalidade do inc. V do Art. 1º da Lei Federal nº 8.033/90. Ele teve o parecer do relator *ad hoc* Edison Lobão aprovado em 26 de setembro de 2007 no plenário da CCJC, pela apresentação de projeto de resolução de suspensão de execução. Nos debates havidos na sessão, conforme os registros da ata, os senadores apenas leram o objeto do ofício e encaminharam pela aprovação do projeto de resolução, que veio a ter o nº 71/2007. No parecer escrito que foi aprovado têm-se os seguintes excertos:

No seu voto, o Ministro Ilmar Galvão, Relator do Recurso, nega-lhe provimento, e declara inconstitucional o dispositivo da Lei Federal, por afronta aos arts. 154, inciso I, e 150, inciso III, letra a, da Constituição Federal.

O inciso I do art. 154 exige lei complementar no caso de instituição de impostos não previstos no art. 153, que são os seguintes: importação de produtos estrangeiros, exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, renda e proventos de qualquer natureza, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, propriedade territorial rural, e grandes fortunas.

Todos os demais impostos, então, só podem ser instituídos por lei complementar, e não por medida provisória convertida posteriormente em lei ordinária, como foi o caso do diploma sob comento.

A violação ao art. 150, inciso III, letra a, da Constituição, consiste no quebrantamento do princípio da irretroatividade tributária, pois a lei tributa a titularidade dos ativos financeiros dos quais o contribuinte era detentor em 16 de março de 1990, alcançando fatos imponíveis ocorridos antes da vigência da Lei nº 8.033/90. [...]

No caso específico do presente processo, trata-se de suspensão de dispositivo legal que cria tributo federal, norma censurada por vício de inconstitucionalidade formal.

Cumprе assinalar que, embora decorridos mais de cinco anos desde o trânsito em julgado do Acórdão, impõe-se o ato de suspensão da norma para efeito de generalização dos

efeitos do julgado, porquanto a suspensão da cobrança do imposto pela Administração Federal vem sendo sustentada exclusivamente pela observância da Instrução Normativa nº 134, de 18 de novembro de 1999, da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda [...]

A inconstitucionalidade formal apontada pelo STF foi assumida como correta no parecer do relator, baseando expressamente suas conclusões favoráveis à suspensão de execução dos dispositivos, havendo evidente consideração pelos argumentos do judiciário. Foi aprovada, em função disto, a resolução do Senado nº 28/2007.

O SF OFS 52/2000 data de 12 de setembro de 2000. Este ofício encaminha ao Senado Federal cópia da Lei Federal nº 9.639/98, do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido pelo STF nos autos do *habeas corpus* nº 77734, que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da referida lei federal.

Em 20 de fevereiro de 2001, o então relator, senador Jefferson Péres, protocolou na CCJC parecer pela suspensão do dispositivo declarado inconstitucional. A matéria veio a ser deliberada, contudo, apenas em 23 de março de 2005, em parecer *ad hoc* do senador Demóstenes Torres. Contudo, em 17 de junho do mesmo ano foi juntado ao processo de tramitação o Of. SF nº 1.071/2005, do presidente do Senado Federal, encaminhando à CCJ para reexame do presente parecer. Em 14 de novembro de 2007 o OFS 52/2000 foi novamente apreciado, agora em conjunto com o apenso OFS 2/2001, em relatoria do senador Demóstenes Torres. Nenhum debate digno de nota foi promovido no plenário da CCJC, apenas passou-se diretamente à aprovação, por unanimidade, do parecer do relator. O teor, em si, do parecer 1.368/2007, contudo, é bastante mais aprofundado, nas partes aqui pertinentes:

Entendo que cabe, sim, um exame de mérito sobre tais acórdãos do STF. E nesse sentido que tramita nesta CCJ o Projeto de Resolução do Senado nº 70, de 2005, de autoria do Senador Marco Maciel e relatado pelo Senador César Borges, tomando clara a possibilidade de exercício desse juízo de mérito sobre o cabimento da suspensão da norma declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Analiso, pois, de que se trata a matéria.

A Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, dispõe sobre a amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. O parágrafo único do art. 11, impugnado pelo Supremo Tribunal Federal, determina que são igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea **d** do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, e no art. 86 da Lei nº 3.807, de 1960.

A Lei referida foi republicada em 27 de maio do mesmo ano, tendo sido suprimido o parágrafo único do art. 11 mencionado, alegadamente veiculado como erro material.

Entenderam os senhores ministros do Supremo Tribunal Federal que em face da ocorrência de erro formal quando da publicação da primeira versão da lei, em 26 de maio, não é aplicável o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, quando esta dispõe que as correções a tato de lei já em vigor consideram-se lei nova (§ 4º do art. 1º).

Conforme assinalou, em seu voto, o ministro Maurício Correa, no **Habeas Corpus** a que se refere o Ofício S/52, não basta que um texto seja publicado no **Diário Oficial** com o nome de lei para que este simples fato o transforme em norma cogente, de observância obrigatória. É indispensável observar a natureza ou a origem do vício que levou à republicação do texto.

Entendem os magistrados do Supremo Tribunal que, para que uma norma legal publicada com o nome de lei possa ter validade, é necessário, entre outros requisitos, o respeito ao devido processo legislativo, feição parlamentar do princípio do devido processo legal. Na hipótese, o devido processo legislativo não foi observado quanto ao parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, o que macula esse dispositivo com o vício da inconstitucionalidade formal.

Os processados vieram a esta Comissão para manifestação de acordo com o art. 101, III, do Regimento Interno do Senado Federal. [...]

No caso sob análise, não cabem reparos às decisões da Corte Suprema. Tratando-se de norma publicada por engano no Diário Oficial da União e que não foi aprovada pelo Poder Legislativo, é evidente a afronta perpetrada contra a Constituição Federal, devendo ser efetivamente extirpada do ordenamento jurídico, ainda que a publicação errônea tenha sido retificada no dia seguinte.
[Grifo nosso]

O projeto de resolução nº 98/2007, oriundo do parecer aprovado na CCJC, tramitou e resultou na promulgação, em 29 de fevereiro de 2008, da resolução de suspensão nº 03/98. Aqui, neste caso, foram novamente consideradas explicitamente as razões pelas quais o STF declarou

formalmente inconstitucional o dispositivo em questão, sendo, portanto, tido como postura dialógica do legislativo.

Em 15 de dezembro de 2000, deu entrada no Senado o SF OFS 63/2000, pelo qual o presidente do STF comunicou a declaração de inconstitucionalidade, nos autos do RE 247866, do Art. 14 da Lei Complementar nº 76/93. No dia 05 de setembro de 2007 foi apreciado o parecer do relator, senador Jarbas Vasconcelos, pela apresentação do projeto de resolução suspendendo os efeitos do artigo em questão. O debate, constante da ata da reunião da CCJC do Senado daquela data, consta assim:

SENADOR JARBAS VASCONCELOS (PMDB-PE): Sr. Presidente, [...] O Supremo em Sessão plenária do dia 9 de agosto de 2000 pronunciou-se por votação majoritária vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio que não conheceu do recurso pelo acolhimento do pleito do recorrente. Declarando a inconstitucionalidade argüida. A decisão foi ementada nos seguintes termos. Vem a Ementa administrativa a desapropriação e tal, o recurso extraordinário é conhecido e provido para declarar a inconstitucionalidade da expressão em dinheiro para as benfeitorias úteis e necessárias inclusive culturas e pastagens artificiais e contidas no art. 14 da Lei Complementar nº. 76/93. O Acórdão foi publicado no Diário da Justiça de dia 24 de novembro de 2000, transitou em julgado em dezembro de 2000 e foi encaminhado ao Senado Federal por Ofício de 14 de dezembro do mesmo ano, juntamente com Relatório e voto, cópia do trânsito em julgado, das notas taquigráficas do julgamento do Parecer da Procuradoria Geral da República e da Lei Complementar questionada em cumprimento às exigências do art. 387.

Ante o exposto, observada as normas constitucionais e regimentais pertinentes à matéria considerada a jurisprudência sedimentada na Suprema Corte e atendendo mais a conveniência e a oportunidade o voto é pela suspensão da expressão em dinheiro para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais. E contidas no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, nos termos do seguinte projeto de Resolução em obediência ao art. 388 do Regimento Interno do Senado Federal. [...]

O parecer apresentado pelo relator à CCJC, de nº 852/2007, foi publicado no Diário do Senado de 09 de outubro de 2007 e tem os seguintes trechos:

O STF, em Sessão Plenária do dia 9 de agosto de 2000, pronunciou-se, por votação majoritária – vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que não conheceu do recurso –

pelo acolhimento do pleito do recorrente, declarando, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade argüida. A decisão foi ementada nos seguintes termos:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos.

(...)

Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,’ contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93.” [...]

Ante o exposto, observadas as normas constitucionais e regimentais pertinentes à matéria, considerada a jurisprudência sedimentada na Suprema Corte e atendendo, mais, à conveniência e oportunidade, o voto é pela suspensão da expressão “em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,” contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76, de 1993, nos termos do seguinte projeto de resolução, em obediência ao art. 388 do Regimento Interno do Senado Federal.

A menção aos argumentos do STF, notadamente ao resumo do julgado contido na ementa, satisfaz os critérios estipulados e permite a consideração como caso de atitude dialógica.

O SF OFS 62/2000 foi recebido em 18 de dezembro de 2000 e tratava da declaração de inconstitucionalidade, em sede do mandado de segurança nº 23562, da alteração introduzida no § 2º do Art. 2º da Lei nº 8.629/93 pela medida provisória nº 1.577/97, reeditada até a medida provisória nº 2027-39/00. Matéria apreciada em sessão da CCJC do dia 30 de março de 2005, em parecer dado *ad hoc* pelo senador Antônio Carlos Valadares, em substituição ao senador Pedro Simon. Não constou qualquer debate sobre o assunto na ata da reunião da CCJC. Em 22 de junho do mesmo ano, é recebido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania o Ofício SF nº 1112/2005,

de 22 de junho de 2005, do presidente do Senado ao presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, encaminhando a presente matéria para reexame por aquela Comissão em função de omissão quanto à amplitude do objeto da suspensão de execução.

É, então, em 07 de fevereiro de 2007, reapreciada a matéria pelo plenário da CCJC, agora em relatoria *ad hoc* do senador Jefferson Péres. Aqui vê-se uma manifestação, dir-se-ia, polêmica do relator, que constou na ata dos trabalhos, quando instado a relatar o OFS 62/2000:

SENADOR JEFFERSON PÉRES (PDT-AM): Sr. Presidente, trata-se de mera formalidade imposta pela Constituição de uma Resolução do Senado suspendendo a execução de leis que o Supremo Tribunal Federal tenha incidentalmente declarado inconstitucional.

Esta participação do Senado já não existe mais nas declarações no controle concentrado em abstrato da constitucionalidade das leis. **Aliás, há até um movimento no Supremo, hoje, para suprimir a do Senado até mesmo nestas resoluções incidentais. De forma que eu creio que não há nada polêmico aí. Nós apenas suspendemos as leis atendendo ao ofício, a comunicação do Supremo Tribunal Federal. Até creio que é pacífica.**

SR. PRESIDENTE SENADOR ANTONIO CARLOS MAGALHÃES (PFL-BA): Eu tomarei os votos nominais, porque sou obrigatório a isso, embora saiba que todos estão de acordo. [Grifos nossos].

Ressalte-se que não houve, por parte de nenhum dos senadores presentes, qualquer contestação a esta fala do senador Jefferson Péres – antes ao contrário, pela frase do presidente – que, se aceita como verdade, faria coro à tese do ministro Gilmar Mendes acerca da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade das leis.

O parecer nº 213/2007, aprovado na CCJC, contudo, foi em linha diversa e apreciou as razões do STF para considerar a norma inconstitucional, veja-se excerto:

[...] De feito [sic], a declaração de inconstitucionalidade ocorreu em virtude de a Medida Provisória ter modificado a redação do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.629, de 1993, para dispensar a exigência de comunicação prévia do Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária (Incra) ao proprietário de imóvel rural a ser vistoriado para fins de desapropriação. A Suprema Corte considerou a dispensa ofensiva aos princípios

constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. [...]

Sabendo-se que o relator era o senador Pedro Simon e que a proposição foi relatada *ad hoc*, por outro parlamentar, na CCJC, torna-se mais viável compreender a diferença de postura acerca do fundo dos argumentos do judiciário para considerar constitucionalmente inválida a norma. E, poder-se-ia até mesmo considerar, a manifestação do senador Jefferson Peres, é até mais do que uma postura dialógica, é quase uma atitude subserviente na escala de deferência, pois aceita como intocável a posição do judiciário. Então, sob qualquer ângulo, é caso tido como de postura dialógica. A resolução do Senado nº 04/07, oriunda do projeto de resolução nº 15/2007, foi promulgada em 17 de abril de 2007.

Indo adiante, tem-se o SF OFS 11/2002, que teve apensados, para tramitação conjunta, o OFS 15/2002, o OFS 17/2002 e o OFS 11/2003, os três primeiros tratando de comunicações do STF acerca de declarações de inconstitucionalidade da expressão "ou extinguir", constante do Art. 1º do Decreto-Lei nº 1724/79 e o último versando sobre matéria um tanto mais ampla: expressão: "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir", constante do Art. 1º do Decreto-Lei nº 1724/79, e das expressões: "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", constantes do inc. I do Art. 3º do Decreto-Lei nº 1894/81. O parecer a estes ofícios foi apresentado na sessão de 14 de dezembro de 2005 pelo senador Amir Lando, com sugestão, que foi acatada, pela elaboração de projeto de resolução suspendendo a execução da expressão. Na ata da sessão lêem-se os seguintes apontamentos de debate:

O SR. AMIR LANDO (PMDB – RO) [...] Sr. Presidente, na verdade, estamos diante de uma situação um pouco diferente em que o Supremo apenas declara a inconstitucionalidade de expressão de diversos textos de lei, decretos-lei ou lei que tenham o mesmo sentido. É uma situação que realmente muda um pouco a análise necessária a despeito do que estabelece o art. 52, inciso X, da Constituição.

Faço uma referência ampla sobre a exegese da extensão do que dispõe a Constituição e mostro que o Senado Federal não está obrigado... Vou fazer uma síntese, Sr. Presidente, porque é longo o parecer.

O SR. PRESIDENTE (Antonio Carlos Magalhães. PFL – BA) – Preferiria que V. Ex^a fizesse uma síntese, porque há votação de veto.

O SR. AMIR LANDO (PMDB – RO) – Vou fazer uma síntese, mostrando exatamente que essa análise que o Senado faz não é simplesmente uma ação automática daquilo que decide o STJ [sic], nem pode ampliar as conseqüências das inconstitucionalidades declaradas pelo Supremo Tribunal, nem pode reduzi-las. Pode até não aceitar **in totum** essa declaração, aliás, há um precedente que cito em meu parecer quando fui relator de uma matéria versando sobre o tema. Eu queria aqui dizer o que é, em síntese, a análise. O que o Supremo declarou inconstitucional é inconstitucional; o que ele não declarou inconstitucional continua em vigência. Esse é o fulcro dessa matéria, que precisa dessa análise porque o que se tem é a extirpação de algumas expressões dos textos legais. Em síntese, nessa delegação dada ao Ministro de Estado não estaria incluído o poder de extinguir, suspender ou diminuir. Em diversos momentos que a lei faz a mesma referência, e as mesmas inconstitucionalidades foram reconhecidas pelo Supremo.

Sr. Presidente, é com esse raciocínio que eu faço uma longa análise jurídica, **ad nauseam**, – eu poderia dizer. Era importante deixar registrado na Casa exatamente essa exegese do art. 52, inciso X, da Constituição. Nós precisamos sempre refletir e não fazer uma leitura automática do texto, mas entrar no âmago da questão e saber quais os limites onde o Supremo deve interferir, onde o Senado deve suspender ou não, tendo em vista essa decisão do Supremo.

Por isso, Sr. Presidente, em síntese, nessa linha de raciocínio, para mostrar o que permanece em vigência e o que foi declarado constitucional – meu trabalho se estende por 56 páginas –, proponho uma resolução. Passo ao voto. Deixarei que todos leiam, porque entendo que essa leitura é uma contribuição importante para o Senado da República. [...]

O SR. PRESIDENTE (Antonio Carlos Magalhães. PFL – BA.) – Em discussão o parecer. (pausa.)

Não havendo quem peça a palavra, encerro a discussão.

De fato, o parecer do senador Amir Lando, de nº 2.250/2005, foi ímpar em termos de profundidade jurídica, e redundou na tramitação do projeto de resolução nº 91/2005. Este parecer abordou de forma exaustiva a evolução histórico-constitucional do instituto da suspensão de execução de leis, pelo Senado, quando declaradas inconstitucionais pelo STF. Também debateu as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre os efeitos temporais e a facultatividade do exercício desta prerrogativa pela Câmara Alta. O senador Lando resgata o exemplo histórico do OFS 38/1993, que encaminhava a notícia

da declaração de inconstitucionalidade do Art. 90 da Lei nº 7.689/88, que instituiu contribuição social sobre o lucro das empresas; do Art. 70 da Lei nº 7.787/89, que dispõe sobre alterações na legislação de custeio da Previdência Social; e do Art. 1º da Lei nº 7.894/89, que dispõe sobre as contribuições para o Finsocial, PIS e Pasep. Sobre este caso, assim escreveu o senador em seu parecer:

Naquela oportunidade, sob minha relatoria, citamos estudo da lavra do Excelentíssimo Senador Josaphat Marinho, intitulado “O art. 64 da Constituição e o papel do Senado” (in Revista de Informação Legislativa, junho de 1964), que ora ressuscitamos dada a contemporaneidade de suas palavras:

“Ora, se o Supremo Tribunal procede com rigorosa prudência [...], o Senado há de ser igualmente cauteloso, senão mais exigente. E por vários motivos. Primeiro, porque, órgão do Congresso Nacional, lhe cabe zelar, na medida possível, pela eficácia e pelo prestígio dos atos legislativos, dos quais a lei é expressão eminente. Segundo, porque enquanto a decisão judicial abrange, apenas, comumente, os direitos discutidos no caso concreto, a deliberação do Senado suspendendo no todo ou em parte, a execução de lei ou decreto, é de caráter genérico, opera erga omnes. Vale dizer: o ato suspensivo pode atingir, embora momentaneamente, o sistema de uma política legislativa, talvez instituída por imperiosas razões de ordem geral. Pode atingi-lo e, assim – o que é mais –, vedar ao Supremo Tribunal Federal o reexame de seu entendimento, tantas vezes necessário na apreciação das grandes teses, sobretudo na esfera do direito público.”

Concluía, então, da seguinte forma:

“[...] não é obrigatória, para o Senado, a suspensão da vigência de lei ou decreto que o Supremo Tribunal declare inconstitucional, em decisão definitiva. [...]

Amparados por esses sólidos fundamentos, opinamos, naquela ocasião, pela inoportunidade da suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF, com base também nos seguintes argumentos políticos:

“[...] É incontestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando erga omnes, trará profunda repercussão na vida econômica do País, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido da repercussão da economia nacional.

Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de seis de seus membros

contra cinco, demonstrando, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico.

Enquanto se mantiver, no ordenamento jurídico, os dispositivos questionados, serão possíveis reiteradas apreciações da Alta Corte em face de cada caso, que redundarão na fixação de sua jurisprudência ou, ainda, em sua alteração.

[...] É através da publicação da resolução suspensiva [...] que a lei se vê banida do mundo jurídico, pião mais se podendo exigir o seu cumprimento de quem quer que seja.

Tal argumento conduz o Senado Federal à atitude de maior prudência ainda no momento de sua deliberação. [...]

À vista do exposto, **entendo inoportuna a suspensão dos dispositivos supracitados, inquinados inconstitucionais por decisão do Supremo Tribunal Federal**, colhida por maioria de votos. (Parecer nº 395, de 1993, CCJ, Relator Senador Amir Lando, aprovado na Comissão, DCN, Seção 2, de 29 de outubro de 1993, pág. 10022-10.027) [Grifo nosso].

Após essa demonstração das possibilidades do Senado, o parecer aborda com grande variedade de fontes todos os aspectos jurídicos, políticos e econômicos que envolvem os dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF, concluindo pela apresentação do projeto de resolução de suspensão de execução já citado. Ao fazê-lo, o senador abordou longamente as razões e diversos acórdãos, não só do STF, mas também dos STJ, que versaram as matérias de fundo. O nível de aprofundamento nas razões judiciais – e não somente nelas – torna esta parecer um “ponto fora da curva”, mas sem dúvidas, um ícone da postura decisória baseada em argumentos do Supremo Tribunal Federal por parte do legislativo. Cumpre mencionar, apenas que o projeto de resolução foi convertido, em 18 de janeiro de 2006, na resolução do Senado nº 71/2005.

O próximo é o SF OFS 3/2004, versando sobre a declaração de inconstitucionalidade do da alínea "h" do inc. I do Art. 12 da Lei nº 8.212/91, acrescentada pelo § 1º do Art. 13 da Lei nº 9.506/97, tendo sido recebido a 23 de abril de 2004. O parecer nº 795/2005, do senador Luiz Otávio, foi lido pelo relator *ad hoc* senador Demóstenes Torres e aprovado na reunião do dia 23 de março de 2005 da CCJC do Senado, em bloco (ou seja, juntamente com outras proposições e sem qualquer debate específico sobre o conteúdo do parecer),

redundando na aprovação da apresentação do projeto de resolução nº 35/2005.

No texto do parecer nº 795/2005, publicado no Diário do Senado de 08 de junho de 2005, ressaltam-se as passagens seguintes:

O acórdão do Recurso Extraordinário nº 351.717, interposto pelo Município de Tibagi – PR, à decisão que, fundamentada em entendimento firmado pelo Plenário do Tribunal Regional Federal (TRF) – 4ª Região, concluiu pela constitucionalidade do dispositivo, está assim redigido:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO,
PREVIDÊNCIA SOCIAL, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL:
PARLAMENTAR: EXERCENTE DE MANDATO ELETIVO
FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL. [...]

É dizer, somente por lei complementar poderia ser instituída citada contribuição.

III – Inconstitucionalidade da alínea h do inc. I do art. 12 da Lei nº 8.212/91, introduzida pela Lei nº 9.506/97, § 1º do art. 13. [...]

Pelo que se extrai dos autos, a decisão encaminhada já transitou em julgado, cabendo ainda aduzir, quanto ao requisito do apontado art. 97 da Lei Fundamental, que o comentado aresto, segundo a correspondente ata, foi chancelado por unanimidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Relativamente aos requisitos regimentais acima mencionados, tampouco existem reparos a consignar, dado o seu inteiro atendimento nas várias peças que integram o processado. Tudo isso indica a conveniência de dar efeito erga omnes à decisão aqui analisada.

Deve-se observar, por oportuno, que Projeto de Lei de Conversão nº 27, de 2004, à Medida Provisória nº 167, de 2004, que regulamenta dispositivos da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, já aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado à revisão do Senado Federal, pretende introduzir alteração nas Leis nos 8.212 e 8.213, de 1999, para prever a contribuição obrigatória para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) de exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

Se aprovado o Projeto de Lei de Conversão, será recriada a contribuição aqui contestada, uma vez que o novo diploma legal **não incorrerá na inconstitucionalidade contida no § 1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 1997, que foi atacado pelo recurso extraordinário que é objeto do presente ofício “S” do STF, em razão de ter sido editado antes da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.**

Isso, no entanto, terá efeitos apenas para o futuro, não tendo o condão de remediar o vício em que incorreu a alteração feita à Lei nº 8.212, de 1991, pela Lei nº 9.506, de 1997. [Grifos nossos].

Aqui tem-se, como visto mais um exemplo de caso em que o legislativo não só conheceu das razões do STF para declarar a norma em tela inconstitucional, mas discutiu e ponderou tais argumentos. Também será contabilizado como dialógico. Note-se que o projeto de resolução foi aprovado e fez promulgar a resolução do Senado nº 26/2005.

O SF OFS 6/2004 gerou o parecer nº 187/2006, do senador Pedro Simon, lido pelo relator *ad hoc* senador Aloízio Mercadante, em reunião de 18 de janeiro de 2006 da CCJC, da qual não há registros de debates na ata disponível no sítio eletrônico. No parecer se lê:

Trata-se o feito, que concluiu pela inconstitucionalidade dessa expressão, conforme o Relator do processo, Ministro Carlos Veloso, de mandado de segurança com fundamento no art. 102, I, *d* da Constituição Federal, impetrada por Euclides Duncan Janot de Matos, contra ato do Presidente do TCU que, mediante despacho exarado no Processo TC-002369/2001-8, negou, com fulcro no preceito legal mencionado, pedido de fornecimento da identificação completa do seu denunciante.

Sustentava, em síntese, o impetrante que a negativa de fornecimento da identificação pretendida da pessoa do seu denunciante, cuja denúncia não foi comprovada por aquela Corte de Contas, impede-o de buscar a reparação dos danos dela decorrentes, e, com isso, restariam malferidos os incisos V, X, do art. 5º da Constituição da República, que autoriza a prestação da tutela jurisdicional na forma de indenização por dano material e moral originados de violação dos direitos fundamentais de intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como o inciso XXXV que trata da indeclinabilidade da pretensão jurisdicional.

Igualmente restariam postergados com a decisão denegatória do pedido pelo TCU, segundo o impetrante, os incisos IV e XXXIII do art. 5º da Constituição, relativos, respectivamente, à vedação do anonimato e ao direito universal de obtenção de informações dos órgãos públicos, com a única ressalva do sigilo imprescindível à segurança social e estatal, que não poderia ser invocada, no caso.

Em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, do dia 03/12/2003, vencido o Ministro Carlos Britto, o mandado de segurança foi deferido e a expressão “manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia”, constante do art. 55, § 1º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, foi julgada ofensiva ao art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição da República, e bem assim o disposto no Regimento Interno do TCU, que estabeleceu que, quanto à autoria da denúncia, seja mantido o sigilo, e, em consequência, uma e outra declaradas inconstitucionais.

O parecer tornou-se projeto de resolução nº 22/2006 que, por sua vez, aprovada, resultou na resolução do Senado nº 16/2006, em 17 de março de 2006, suspendendo a execução da expressão impugnada. Como houve clara apreciação dos argumentos veiculados no julgamento, será hipótese de consideração de razões para os fins aqui delineados.

O SF OFS 17/2004 comunicou a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º e 4º do Decreto-lei nº 2.295/86, frente à Constituição de 1967. Em 23 de março de 2005 foi aprovado o parecer nº 797/2005, do senador Tasso Jereissati, em relatoria *ad hoc* do senador Demóstenes Torres. Novamente, na ata desta reunião, percebe-se que não houve qualquer debate, sequer a leitura, do parecer. No corpo deste, não obstante, constaram trechos abaixo:

Por meio do Ofício “S” nº 17, de 2004 (nº 108-P/MC, de 9-7-04, na origem), o Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), encaminhou a esta Casa, para os fins previstos no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, peças referentes à decisão daquela Corte Suprema nos autos do Recurso Extraordinário nº 408.830-4, que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 4º do Decreto-Lei nº 2.295, de 21 de novembro de 1986, frente à Constituição de 1967 (quota de contribuição nas exportações de café). [...]

A mencionada decisão foi adotada, por unanimidade, em Sessão Plenária realizada em 15 de abril de 2004, conforme item II do acórdão, cuja ementa dispõe:

Constitucional. Tributário. Contribuição. IBC. Café: Exportação: Cota de Contribuição. DL nº 2.295, de 21-11-86, artigos 3º e 4º CF/1967, art. 21, § 2º, I; CF, 1988, art. 149.

I – Não recepção, pela CF/88, da cota de contribuição nas exportações de café: DL nº 2.295/86, arts. 3º e 4º. Precedentes do STF.

II – Inconstitucionalidade da cota de contribuição do IBC – DL nº 2.295/86, arts. 2º e 4º, frente à CF/67, art. 21, I, ex vi do disposto no inciso I do § 2º do mesmo art. 21.

III – RE conhecido e improvido.

[...]

Além disso, o próprio Relator, Ministro Carlos Velloso, deixa assentado em seu voto que o julgamento confirma precedentes do Pretório Excelso, nos Recursos Extraordinários (RE) 191.044/SP, 191.203/SP, 191.246/SP e 198.554/SP. Aliás, é desse primeiro RE, em voto do Ministro Ilmar Galvão, também lembrado pelo parecer do Ministério Público, que se colhem os fundamentos da inconstitucionalidade apontada:

Significa que o Poder Executivo, na vigência da Carta pretérita, não podia receber delegação de

competência para fixar a alíquota inicial ou a base de cálculo inicial de qualquer tributo, mas tão-somente para alterar os referidos elementos cujas condições e limites haveria, necessariamente, de ser estabelecidos por meio de lei.

.....
Vale dizer que o tributo nasceu desprovido de um dos seus elementos essenciais, isto é, alíquota fixada em lei, na forma prevista no art. 2º do art. 21 da EC nº 1/69.

.....
Por isso mesmo, a Carta de 1988 não encontrou tributo suscetível de ser por ela recebido, na forma prevista no art. 34, § 5º, do ADCT. Pelo motivo já apontado de que o DL nº 2.295/86, revelara desde a sua edição, incompatível com a EC nº 1/69 e, conseqüente, sem qualquer validade. [Trecho transcrito às fls. 22 do OFS nº 17/2004].

Justifica-se, pois, a suspensão da execução dos dispositivos declarados inconstitucionais frente à Constituição de 1967 por decisão definitiva e unânime do Supremo Tribunal Federal.

Originou-se, então, o projeto de resolução nº 37/2005 que, não tendo recebido recursos, convolou-se na resolução do Senado nº 28/2005. Os trechos acima copiados são auto-explicativos, demonstrando a conexão umbilical entre os argumentos utilizados pelo STF para a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos e o arrazoado do Senado para concordar em dar eficácia vinculante e efeitos contra todos à declaração, o que atende ao critério dialógico proposto nesta pesquisa.

O seguinte é o SF OFS 3/2005, que também foi, como o anterior, apreciado em reunião de 30 de março de 2005 da CCJC, no parecer nº 1.054/2005, que tornou-se o projeto de resolução de suspensão nº 67/2005. Também igualmente, aqui não houve apreciação da matéria nos debates constantes da ata. No parecer, de relatoria do senador Edison Lobão, Sua Exa. disse:

O dispositivo impugnado dispõe sobre o parcelamento dos valores devidos pela União até 31 de dezembro de 2001, em decorrência da aplicação do art. 8º da medida provisória em questão, que trata do pagamento aos servidores civis do Poder Executivo, a partir de janeiro de 1995, do reajuste pelo índice residual de três vírgula dezessete por cento concedido aos demais Poderes da União e aos Militares.

Consoante expressa no item III da Ementa do decisor, trata-se de declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-

45/2001, mediante interpretação conforme, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto.

Em todo o texto do parecer, o relator resumiu-se a apontar qual o dispositivo declarado inconstitucional pelo STF e descrever as peças constantes dos autos, mas em nenhum momento especificou as razões pelas quais o tribunal entendeu ser a norma incompatível com a Constituição. Nem mesmo a remissão à ementa do julgado cumpre este papel, pois, como visto, ela apenas explica o que foi entendido como inconstitucional. Logo, neste caso, não se pode considerar que tenham sido dadas ao conhecimento do Senado Federal as razões pelas quais o STF declarou a norma inconstitucional. Ou seja, é razoável afirmar que o projeto de resolução nº 67/2005 e sua consectária resolução, nº 52/2005, são matérias aprovadas pelos senadores sem o mais raso conhecimento acerca do porquê o Supremo Tribunal Federal considerou parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, o Art. 11 da medida provisória nº 2.225-45/01. Não é um caso em que tenha havido vezo dialogal, quiçá, no máximo, uma deferência não-arrazoada.

A partir de 15 de setembro de 2006, a Presidência do Senado recebeu do Supremo Tribunal Federal os Ofícios nºs S/11, S/12, S/13 e S/16, de 2006, encaminhando, para os fins previstos no Art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópias da legislação, do parecer do Ministério Público Federal, da certidão de trânsito em julgado e dos acórdãos proferidos por aquela corte, nos recursos extraordinários 358273, 357950, 390840 e 346084, cujas publicações ocorreram no Diário da Justiça de 15 de agosto de 2006, que declararam a inconstitucionalidade do § 1º do Art. 3º da Lei nº 9.718/98. Por tratarem todos da exata mesma matéria, foi determinada a sua tramitação conjunta, indo apenas à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em despacho de 30 de novembro de 2006.

Em 14 de fevereiro de 2007 foi distribuído o processo para parecer do senador José Agripino, sendo, porém, devolvido, sem manifestação, em 28 de janeiro de 2011. Designado novo relator em 07 de dezembro de 2011, foi apreciado uma semana depois em reunião plenária da CCJC. Neste, foi

declarada a prejudicialidade dos quatro ofícios em questão, em virtude do que disse o relator, senador Pedro Taques, no parecer nº 1.500/2011:

Estariamos diante de exemplo clássico de possibilidade de edição de projeto de resolução do Senado Federal para conferir eficácia contra todos (*erga omnes*) à decisão do STF, não fosse o advento da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que, por meio de seu art. 79, XII, revogou expressamente o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, tornando inócua qualquer providência ulterior desta Casa legislativa no sentido de suspender a execução do referido dispositivo legal do ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, ante a solução imposta pela Lei nº 11.941, de 2009, é forçoso reconhecer a prejudicialidade dos Ofícios “S” nº 11, 12, 13 e 16, todos de 2006, no que tange à possibilidade de o Senado Federal suspender a execução da norma em tela, declarada inconstitucional no controle difuso.

A conclusão à qual chegou o parlamentar – e que foi aprovada pela CCJC – é controversa, uma vez que os efeitos das resoluções de suspensão do Senado são impostos *ex tunc*, e a aprovação da Lei Federal citada, nº 11.941/09, apenas opera efeitos *ex nunc*. Ou seja, o período pretérito restou em aberto, sujeito à manutenção das controvérsias em sede judicial.

Mesmo prejudicada a tramitação do projeto de resolução, veja-se o que havia constado no relatório do senador Taques (e que não diferente dos debates que constam na ata da sessão da CCJC de 14 de dezembro de 2011⁴⁴⁴):

⁴⁴⁴ Assim constou na ata o trecho aqui pertinente: “**O SR. PEDRO TAQUES** (Bloco/PDT – MT) – *Sim. Muito obrigado, Sr. Presidente, Sr^{os} e Srs. Senadores. Os Ofícios “S” nºs 11, 12, 13 e 16. Esses feitos têm em comum a arguição de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, enfim, declarado em cada um dos acórdãos supracitados em homenagem ao firmado em jurisprudência do Supremo no sentido de reconhecer que são sinônimos os seguintes termos, faturamento e receita bruta, para fins de aplicação da lei tributária. Segundo a corte, o dispositivo declarado inconstitucional tenta redefinir o conceito de receita bruta, ampliando-lhe indevidamente o alcance para albergar a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Cabe a esta Comissão, de acordo com o art. 91, de forma terminativa, se manifestar a respeito do art. 52, X, da Constituição. Estariamos, Sr. Presidente, diante de exemplo clássico de possibilidade de edição de projeto de resolução do Senado para conferir eficácia contra todos à decisão do Supremo, não fosse o advento da lei 11.941, de 27 de maio de 2009, que, por meio de seu art. 79, inciso XII, revogou expressamente o §1º do art. 3º da citada Lei nº 9.718, tornando inócua qualquer providência ulterior desta Casa Legislativa no sentido de suspender a execução do referido dispositivo legal. Dessa forma, ante a solução imposta pela Lei nº 11.941, de 2009, é forçoso reconhecer a prejudicialidade dos Ofícios “S” nºs 11, 12, 13 e 16, todos de 2006, no que tange à possibilidade de o Senado suspender a*

Os feitos têm em comum a arguição de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, enfim declarada em cada um dos acórdãos supracitados, em homenagem à firmada jurisprudência do STF no sentido de **reconhecer a sinonímia entre os termos “faturamento” e “receita bruta” para fins de aplicação da lei tributária, mais especificamente na composição da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).**

Segundo a Corte Maior, o dispositivo declarado inconstitucional tenta redefinir o conceito de “receita bruta”, ampliando-lhe indevidamente o alcance para albergar a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. [Grifo nosso].

Percebe-se que, mesmo não tendo havido a suspensão do dispositivo declarado inconstitucional, a postura do relator foi de situar o plenário da CCJC acerca dos motivos pelos quais o STF declarou o § 1º do Art. 3º da 9.718/98 inconstitucional. Logo, ainda que não tenha havido a promulgação da resolução de suspensão, este será considerado um caso de postura dialógica.

O SF OFS 14/2006 comunicou a declaração de inconstitucionalidade do Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Em 07 de novembro o senador Valter Pereira apresenta e faz aprovar, na CCJC do Senado, parecer pela aprovação de projeto de resolução de suspensão do dispositivo apontado. Contudo, em 27 do mesmo mês é apresentado o ofício nº 162/2007, do presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, senador Marco Maciel, que encaminha a matéria para reexame do relator, senador Valter Pereira, tendo em vista a constatação da existência da Lei nº 11.464/2007.

Em seu novo parecer, apresentado em sessão de 22 de abril de 2009, o senador Valter Pereira trouxe longos apontamentos sobre as razões pelas quais o STF declarou inconstitucional o dispositivo da lei:

O mencionado dispositivo declarado inconstitucional determina que a pena prevista para os crimes hediondos, para a prática de tortura, para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e para o terrorismo será cumprida integralmente em regime fechado.

execução da norma em tela, uma vez que, por óbvio, não há nada a suspender se não existe mais o que mereça ser suspenso. Dessa forma, restou prejudicada a edição de uma resolução, Sr. Presidente. É o relatório.”

O acórdão assevera que o preceito citado conflita com a garantia da individualização da pena, consagrada no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

O Relator do HC, Senhor Ministro Marco Aurélio, argumentou que o regime de cumprimento individualizado da pena racionaliza-a, e sua progressividade incentiva o condenado à correção de sua conduta, com vista à sua futura inserção no meio social. Pontifica, ainda, que a Lei nº 8.072 de 1990 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas foi editada sob o clima de emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Assim, restringe-se, pela lei objeto de análise, a garantia constitucional em detrimento de todo um sistema que consagra a dignidade da pessoa humana e a atuação do Estado sempre voltada para o bem comum. A permanência do condenado em regime integralmente fechado não beneficia a ninguém, menos ainda à sociedade que, um dia, terá de recebê-lo de volta, após o total cumprimento da pena.

Ressalta, ainda, que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem aplicadas aos incursos na Lei, não incluídas entre tais restrições a progressividade do regime de cumprimento da pena. Com efeito, de acordo com o inciso XLIII do art. 5º da Lei Maior, a lei considerará crimes inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Portanto, o supratranscrito dispositivo constitucional afasta apenas a fiança, a graça ou a anistia para os crimes ali mencionados. Dessa forma, a Lei nº 8.072 de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, extrapola os lindes constitucionais, ao impor a não individualização da pena para os condenados por tais crimes, no § 1º do seu art. 2º.

Tem sede constitucional a individualização da pena, que compreende a proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção cominada. a individualização da execução, segundo a dignidade humana, e o comportamento do condenado no cumprimento da pena. Conclui-se que, quando o constituinte reservou o tratamento excepcional aos crimes hediondos, não lhes vedou a progressão do regime, incidindo em vício de inconstitucionalidade a lei ordinária que não atente ao princípio da progressão consagrado no Estatuto Fundamental.

Citou-se, ainda, na apreciação da matéria, o pensamento de Tupinambá Pinto de Azevedo, para quem a norma constitucional que cerceia direitos deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário.

Foi apontada, também, a situação contraditória criada pela Lei sob análise, que concede a possibilidade do livramento condicional ao condenado pelos crimes ali mencionados, mas impede a progressão do regime de cumprimento da pena.

Após essa longa e pormenorizada explanação acerca dos motivos considerados pelo STF para, no citado *habeas corpus*, declarar a inconstitucionalidade incidental do dispositivo legal em debate, o relator conclui que:

Entretanto, temos a informar que a redação do dispositivo declarado inconstitucional foi alterada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, e a alteração modifica substancialmente o seu teor. O § 1º do art. 2º da Lei alterada determinava que a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. A nova redação substitui o termo integralmente por inicialmente, e acresce um parágrafo (§ 2º, renumerando os demais), para dispor que a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. A nova redação, portanto, sana o vício inicial e revoga a redação anterior, objeto da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O caso da superveniência desta Lei nº 11.464/07, a “contrariar” a jurisprudência do STF sobre a matéria é considerado clássico do direito penal, tornando ao plenário do Supremo Tribunal, que novamente declarou a inconstitucionalidade, mas agora da obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena em regime fechado. Apesar da conclusão do relator pela rejeição do OFS 14/2006, seu relatório é exemplar em termos de consideração dos argumentos do STF, caminhando, inclusive, para interpretação que, em seu ver – chancelado pela CCJC – sanava a inconstitucionalidade apontada.

Em sequência, tem-se o SF OFS 51/2007, pelo qual o presidente do STF, comunicou a declaração de inconstitucionalidade, no RE 388359, do § 2º do Art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo Art. 32 da Lei nº 10.522/02, originária da medida provisória nº 1.863-51/99 e reedições. O ofício foi recebido a 06 de setembro de 2009 e, já no mesmo dia, foi autuado em seu processo de tramitação cópia do acórdão proferido nos autos da ação direta de inconstitucionalidade 1.976-7, que declarou a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo referido na presente matéria. Ora, é evidente que não havia mais vinculatividade e efeitos *erga omnes* a cogitar-se no caso, posto que a ADIn já lhes tinha atingido.

Em 12 de dezembro de 2007 foi aprovado o parecer nº 1.384/2007, do senador Sibá Machado, pelo arquivamento do OFS 51/2007. Lê-se no texto do parecer que:

A despeito do despacho da Secretaria de Ata desta Casa (fl. 120), não há, no processado, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Em decisão por maioria, o dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, porque se revela contrário ao princípio constitucional da ampla defesa, que afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo. [...]

A comunicação da Presidente do Supremo Tribunal Federal se fez acompanhar de cópia do acórdão, com relatório e voto, do extrato da ata do registro taquigráfico do julgamento e da lei questionada. O parecer do Procurador-Geral da República, contudo, não consta do processado, restando não cumpridas as exigências formais do art. 387, do Regimento Interno do Senado Federal.

Apenas por força argumentativa quanto ao mérito, tenho a asseverar que a exigência legal de depósito prévio como condicionante do recurso administrativo é postura contrária ao direito constitucional de ampla defesa, haja vista que pretende compelir o recorrente a depositar, mesmo que parcialmente, o que considera indevido, como condição para demonstrar a irregularidade e ilegalidade da cobrança.

Ademais, o próprio Poder Executivo já reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo. O Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 9, de 5 de junho de 2007, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, determinou, com fulcro na ADIn mencionada, que *não será exigido o arrolamento de bens e direitos como condição para seguimento do recurso voluntário*, ficando cancelados, nos respectivos órgão de registro, os arrolamentos já efetuados. [...]

Diante de todo o exposto, **considerando a ausência de peça essencial**, voto pelo arquivamento do Ofício “S” nº 51, de 2007, nos termos do artigo 133, III, do Regimento Interno do Senado Federal. [Grifo nosso].

O mais curioso, no caso, é que o motivo pelo qual a proposição foi arquivada resumiu-se a uma questão formal: não havia, nos autos, a cópia do parecer do procurador-geral da República (facilmente encontrável no sítio da internet do STF e da própria PGR). Ainda assim, o senador relator achou por bem apresentar os argumentos que o tribunal utilizou para sustentar a declaração de inconstitucionalidade, inclusive concordando expressamente com eles. Resta em aberto o porquê de não se ter considerado o ofício apenas prejudicado, posto que constava em seus autos a notícia da superveniência de

ADIn julgando o dispositivo em debate inválido perante a CF/88. Não obstante, a postura do relator foi de diálogo, pois considerou claramente os argumentos do STF no recurso extraordinário que ensejou a tramitação da matéria na CCJC do Senado.

É valioso, ainda no tocante ao OFS 51/2007, copiar trecho da fala do Senador Aloízio Mercadante, na sessão da CCJC do Senado de 12 de dezembro de 2007, quando a matéria foi à apreciação do colegiado:

SENADOR ALOIZIO MERCADANTE (PT-SP): Presidente, eu só queria ponderar que o Ofício "S" é uma prática necessária desta Comissão, **mas não tem nenhum significado político para o Senado Federal**, sendo que autorização ao Governo Federal da doação do prédio tem um significado pelo Centenário do Oscar Niemeyer, uma homenagem ao Estado do Rio, em particular ao mandato do Senador Paulo Duque. Eu solicitaria de V. Ex^a. se nós poderíamos votar esse projeto em primeira análise. [Grifo nosso].

Desta manifestação, quando o presidente da Comissão, senador Marco Maciel estava buscando pautar a votação dos ofícios "s", percebe-se a importância institucional que considerava terem estas matérias o senador Mercadante. Certamente sua posição não é, pelo já visto em outros casos, unânime naquela Casa Legislativa. Ele, aliás, recebeu a seguinte resposta do senador presidente:

SR. PRESIDENTE SENADOR MARCO MACIEL (DEM-PE): Eu estou de acordo. Se V. Ex^a. fizer o relatório, nós votamos, aí depois votaremos os Ofícios "S". Eu gostaria de fazer uma ponderação a S. Ex^a. **Na verdade a apreciação dos Ofícios "S", ao meu ver, tem uma significação muito grande para a sociedade, porque encerra o processo de elaboração da lei, quer dizer, quando o Supremo declara inconstitucional no todo ou em parte uma proposição, e se o Senado, em modo especial a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania não se manifesta, isso produz uma certa insegurança jurídica, daí porque eu acho que a sua avaliação pela Comissão de Constituição e Justiça é importante, até porque é uma atribuição privativa desta Comissão.** Concedo então a palavra a S. Ex^a., nobre Senador Aloizio Mercadante, para relatar a proposição. [Grifo nosso].

O SF OFS 24/2008 tramitou com conjunto, apensado, ao OFS 25/2008, ambos versando comunicações do STF acerca da declaração de

inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do parágrafo único do Art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77. O parecer do relator, senador Demóstenes Torres, foi apreciado na sessão de 23 de junho de 2010 da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tendo os seguintes excertos figurado em seu texto:

Os acórdãos, que são idênticos, tratam de regras de prescrição e decadência tributárias aplicáveis às contribuições previdenciárias. Decidiu a Corte que as normas relativas a prescrição e decadência, para o caso, têm natureza de norma geral de direito tributário, cuja disciplina é reservada à lei complementar e que, permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

Os acórdãos consideraram que as contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

Decidiu também o Supremo Tribunal Federal, nos citados acórdãos, modular os efeitos da decisão para considerar legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos dispositivos ora declarados inconstitucionais e não impugnados antes da data de conclusão do julgamento. [...]

Resta apreciar a conveniência de dar efeito *erga omnes* à decisão aqui analisada. Dar efeito *erga omnes* significa estender a todos, não somente às partes litigantes, o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal. Como a competência do Senado é a de suspender a execução da lei, os efeitos da resolução do Senado serão prospectivos (*ex nunc*), ou seja, valerão da data de sua publicação para a frente.

Ocorre que os dispositivos declarados inconstitucionais já foram objeto de Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que, em sessão extraordinária de 12 de junho de 2008, decidiu editar a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte teor:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

[...]

Não há sentido em suspender a execução, com efeitos prospectivos, de dispositivos já sumulados com efeito vinculante, porquanto já dotados de eficácia *erga omnes*. Logo, os Ofícios “S” nºs 24 e 25, de 2008, perderam a oportunidade. [...]

Em face do exposto, o voto é pelo arquivamento dos Ofícios “S” nº 24 e nº 25, de 2008 (Ofícios nº 83-P/MC, e de 17.12.2008, e nº 84-P/MC, de 18-12-2008, na origem).

Veja-se então, que além de substancioso arrolamento das razões utilizadas pelo STF para declarar a inconstitucionalidade, o parecer abordou o fato de ter o tribunal emitido súmula vinculante atribuindo a eficácia para todos ao entendimento que abraçara. A despeito da já invocada questão dos efeitos *ex tunc* das resoluções de suspensão de execução do Senado, é patente que aqui houve consideração pelas razões do judiciário, indo a fundo na apreciação da própria teleologia do processamento dos ofícios “s” em pauta, que restaram, de fato, arquivados.

O SF OFS 1/2009 não teve sorte diversa, indo também a arquivamento. Nele, o parecer do relator igualmente considerou as razões do STF para declarar a inconstitucionalidade, neste caso, do § 1º do Art. 3º da Lei nº 9.718/98. Disse o senador Geraldo Mesquita Júnior, em relatório apresentado *ad hoc* pelo senador Marconi Perillo:

Por meio do Ofício “S” nº 1, de 2009 (nº 85, de 22/12/2008, na origem), o Presidente do Supremo Tribunal Federal encaminhou a esta Casa, para os fins previstos no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, peças referentes à decisão daquela Corte Suprema nos autos do Recurso Extraordinário nº 585.235-1/MG, em que reafirmou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Esse dispositivo ampliou o conceito de renda bruta e **violou a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b da Constituição Federal, sobre o qual incidem a Contribuição para o PIS/Pasep e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)**. [Essa é a posição do STF].

Resta apreciar a conveniência de dar efeito *erga omnes* à decisão aqui analisada. Dar efeito *erga omnes* significa estender a todos, não somente às partes litigantes, o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal. Como a competência do Senado é a de suspender a execução da lei, os efeitos da resolução do Senado serão prospectivos (*ex nunc*), ou seja, valerão da data de sua publicação para frente.

Ocorre que o dispositivo declarado inconstitucional (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998) já não mais existe no mundo jurídico. Foi expressamente revogado pelo inciso XII do art. 79 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Ora, é juridicamente impossível suspender a execução, com efeitos prospectivos, de um dispositivo legal já revogado. Logo, o Ofício “S” nº 1, de 2009, está prejudicado.

Uma vez mais, percebe-se a controvérsia acerca da natureza dos efeitos da suspensão perpetrada pela decisão do Senado. Afora isto, ainda que com singeleza, foram consideradas as razões do STF para a declaração de inconstitucionalidade, então este caso também figurará entre os tidos como dialógicos.

No SF OFS 6/2009 tem-se, novamente, o mesmo objeto dos OFS 24 e 25/2008, em que já declarada a “perda de oportunidade”, pela CCJC, em razão da superveniência da súmula vinculante nº 8, do STF. Em relação ao parecer dado no caso anterior, acrescentou-se, apenas, que

Os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 1991, foram expressamente revogados pelo art. 13, I, a, da Lei Complementar nº 128, de 2008. Assim, perde objeto, em relação a esses dispositivos, o processo de suspensão da execução pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

E, com isto, o parecer nº 1.296/2010 foi novamente pelo arquivamento – e, também novamente, é considerado atitude de diálogo.

O ofício a seguir é o SF OFS 46/2009, que informou sobre a invalidação dos §§ 1º e 2º do Art. 126 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pelo Art. 10 da Lei nº 9.639/98, originária da medida provisória nº 1.608-14/98. O parecer nº 1.297/2010, votado em 04 de agosto de 2010, do senador Antônio Carlos Valadares, foi pelo arquivamento do ofício, assim colhendo-se os trechos que aqui releva-se:

No julgamento do referido RE, o Tribunal examinou a constitucionalidade da exigência de depósito prévio, no percentual de 30% do valor apurado pela autoridade administrativa, como requisito de recorribilidade de decisões em processo administrativo fiscal instaurado para cobrança de crédito previdenciário do Instituto Nacional do Seguro Social. Nove dos dez Ministros que tomaram parte no julgamento concluíram ser inconstitucional a imposição desse tipo de depósito como pressuposto de admissibilidade em recurso administrativo, por não se harmonizar com o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da Lei Maior). Em razão disso, a Corte declarou a

inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.213, de 1991. [...]

No caso em exame, verificamos não mais ser possível editar a resolução, tendo em vista que os §§ 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.213, de 1991, foram revogados pelo art. 42, I, da Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, originária da Medida Provisória nº 413, de 3 de janeiro de 2008. Se os dispositivos foram revogados, não há mais como suspender a sua execução, pois não podem mais ser aplicados.

Houve apontamento claro dos motivos pelos quais o STF julgou inconstitucionais os dispositivos, mencionando-se, outrossim, o porquê de se considerar ter havido causa impossibilitante de suspensão da execução. Também será contabilizado como exemplo dialógico.

Igualmente foi arquivado o SF OFS 47/2009, que tratava da declaração de inconstitucionalidade da expressão "para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997", constante do *caput* do Art. 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97. Leia-se o parecer nº 1.298/2010, pelo arquivamento, do senador Antônio Carlos Valadares:

O trecho do referido dispositivo foi declarado inconstitucional porque regras gerais de direito tributário devem ser reservadas à lei complementar. O STF entendeu que o art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997, é norma que comina penalidade tributária mais benigna, cujos efeitos deveriam retroagir também aos fatos geradores anteriores à data de 1º de abril de 1997, de acordo com o art. 106, II, "c" do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que tem *status* de lei complementar). Como a nova redação do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, afastou expressamente a retroação de seus efeitos, acabou limitando a regra da lei complementar, o que é inconstitucional. [...]

No caso concreto, o art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, foi novamente alterado, dessa vez pelo art. 26 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Desse modo, o dispositivo que foi objeto da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF não mais existe no mundo jurídico.

Portanto, a edição de resolução pelo Senado Federal para suspender a execução da restrição da parte inicial do *caput* do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997, declarada inconstitucional pelo STF, não teria efeito algum.

Presentes as razões do STF, é postura de diálogo.

O SF OFS 48/2009 tratava dos mesmos dispositivos versados no OFS 46/2009 (deveriam, por certo, ter tramitado em conjunto) e teve o mesmo fim, em parecer idêntico, razão pela qual será igualmente classificado.

Também percebe-se a mesma similaridade de tramitação na comparação do OFS 23/2010 com aquela já relatada para o OFS 1/2009, ambos tratando de declarações de inconstitucionalidade do § 1º do Art. 3º da Lei Federal nº 9.718/98, sendo o parecer do primeiro idêntico ao do segundo.

O SF OFS 6/2011 originou-se da declaração de inconstitucionalidade, em sede do HC 97256, da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do Art. 33, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, constante do Art. 44, ambos da Lei nº 11.343/06. O relator da matéria na CCJC foi o senador Demóstenes Torres, que apresentou seu parecer nº 1.492/2011 na sessão de 14 de dezembro de 2011, favorável à apresentação de projeto de resolução de suspensão da execução. Aprovado o parecer, foi apresentado o projeto de resolução nº 63/2011, que veio a ser a resolução do Senado nº 5/2012.

No parecer do relator percebe-se a postura de aferição dos motivos apontados pelo STF para declarar as expressões citadas inconstitucionais:

O acórdão trata dos dispositivos da Lei Antidrogas que prevêem a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para o caso de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Decidiu a Corte que a lei comum, em face do princípio constitucional da individualização da pena, não tem força para subtrair do juiz o poder-dever de impor ao condenado a sanção criminal que lhe parecer mais conveniente ao caso concreto.

Nesse sentido, o acórdão considera que a pena privativa de liberdade não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora, não devendo o magistrado ser tolhido de exercer seu poder discricionário de dosar e aplicar a pena em face das peculiaridades de cada caso.

Do documento, também é válido transcrever:

Ocorre que o Senado Federal não está vinculado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, podendo, portanto, decidir pela não edição do decreto legislativo ou por sua edição com alcance apenas parcial da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a possibilidade de o decreto legislativo abranger

apenas parte do objeto da declaração de inconstitucionalidade advém do próprio texto constitucional que, no inciso X, do art. 52, define como competência do Senado Federal a suspensão da execução, **“no todo ou em parte”**, de lei declarada inconstitucional.

Devo lembrar a esta Comissão, além disso, que a decisão da Suprema Corte foi tomada por maioria extremamente apertada, de seis votos, o que indica a instabilidade do entendimento do Tribunal e, logo, a possibilidade de sua alteração em um curto espaço de tempo, principalmente se levada em conta a alta taxa de renovação na composição da Corte.

Apoiado nas considerações acima expendidas penso que o decreto legislativo a ser editado pelo Senado Federal deve abranger, tão somente, a declaração de inconstitucionalidade que atinge expressão presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006.

Deixando permanecer plenamente eficaz o trecho que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, presente no art. 44 da referida Lei, já que destinado aos traficantes de drogas que não têm o perfil de baixa periculosidade delineado no § 4º do art. 33.

É que no § 4º do art. 33 da Lei 11.343, de 2006, existe uma incongruência grave. Pois, ao mesmo tempo em que a lei reconhece o menor potencial ofensivo do crime de tráfico cometido por agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades nem integre organização criminosa, com isso prevendo a redução da pena de 1/6 a 2/3, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aqui, de fato, a restrição carece de sistematicidade. Nessa hipótese se justifica a edição do decreto legislativo, com vistas suspender a execução do trecho, presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343, de 2006, “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”.

O que se percebe da análise cuidadosa dos argumentos expostos no parecer aprovado na CCJC, é que o Senado decidiu, de forma consciente, não abarcar a declaração de inconstitucionalidade de efeitos *erga omnes* no tocante à completude das expressões apontadas como inválidas pelo STF, mas tão-somente àquela constante do § 4º do Art. 33 da lei em questão, ou seja, o Art. 44 restou intacto. Isso pode ser, lido, em resumo, como um gesto de afirmação do papel do Senado no exercício desta prerrogativa do Art. 52, X, da CF/88, não sem que, para isso, se tenha a devida consideração dos motivos expostos pelo tribunal. Não se os desconhece: o que há é explícita discordância de parte deles, o que é legítimo e adequado à divisão de poderes da Constituição.

Parece de grande valia colacionar os debates havidos, conforme a ata, na sessão de 14 de dezembro de 2011, da CCJC, em que aprovado o parecer nº 1.492/2011 do senador Torres:

O SR. DEMÓSTENES TORRES (Bloco/DEM – GO) – Sr. Presidente, Sr^{as} e Srs. Senadores, este é um processo interessante. O Supremo Tribunal Federal decidiu que no caso de tráfico de drogas, na expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, aqueles que cometerem crime de pequeno potencial ofensivo, sendo primários, tendo bons antecedentes, que não se dediquem às atividades nem integrem organização criminosa, com isso prevendo a redução da pena de um sexto a dois terços, impede a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O que quis dizer o Supremo Tribunal Federal com isso? Foi até uma questão que fizemos para a Ministra Weber.

Quis dizer o Supremo Tribunal Federal que, no caso do pequeno traficante... O que vem a ser pequeno traficante? É o aviãozinho, é aquele reconhecido pelo juiz que a lei é inconstitucional, que nesse caso deve-se permitir a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. E está certo o Supremo Tribunal Federal. Mas, como bem diz aqui o art. 33, § 4º, que é o artigo mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes, isso se aplica nessa situação.

Só que o Supremo enviou para cá um ofício mandando também suspender o art. 44 da mesma lei. E o art. 44 diz o seguinte: “**Art. 44.** Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* [É tudo tráfico de drogas e tudo mais.] e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito.”

Ora, se nós suspendermos também essa expressão, estaremos permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também para os grandes traficantes.

Então me parece, até pelo voto que tenho aqui apartado, do aditamento do Ministro Gilmar Mendes, que a polêmica é só em relação aos pequenos traficantes. E nisso nós concordamos. Acho que todo mundo aqui... A Senadora Marta Suplicy inclusive fez uma intervenção muito correta a esse respeito, numa dessas sessões, falando justamente da possibilidade de o pequeno traficante, o aviãozinho e tal ter direito logo de cara ao cumprimento da pena não encarcerado, mas de uma pena restritiva de direitos.

Então, Sr. Presidente, como art. 52, inciso X, permite que o Senado suspenda no todo ou em parte a lei, eu estou modulando, como o Supremo faz com as leis nossas, a decisão do Supremo Tribunal Federal para que se suspenda tão somente a expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direito”, “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito”, no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006,

mantendo todavia a expressão no art. 44, que diz respeito aos grandes traficantes.

É esse o voto, Sr. Presidente. [...]

O SR. PEDRO TAQUES (Bloco/PDT – MT) – Muito obrigado.

Apenas para ressaltar a importância deste relatório do Senador Demóstenes. Ele revela que o Senado da República, através do art. 52, X, da Constituição, ele está modulando e manipulando efeitos de uma decisão. Existe uma Lei nº 9.868/99 que fala sobre modulação dos efeitos da decisão no controle concentrado. Essa lei é de 99 e foi votada aqui – todos conhecem essa lei – no sistema concentrado. O Supremo Tribunal Federal vem modulando as decisões também no sistema difuso. E agora nós estamos dando a real importância ao art. 5.210 da Constituição. **Nós temos de nos recordar que o Supremo Tribunal Federal, em alguns votos, tem tentado esvaziar o art. 52, X, dizendo que não existe mais importância para ele em razão da chamada abstrativização do sistema difuso.** O relatório do Senador Demóstenes traz a modulação também para a resolução que esta Casa vai editar.

Era só a isso que eu queria fazer referência. [Grifo nosso]

Além do debate sobre o mérito, em si, da conveniência de suspensão das expressões declaradas inconstitucionais, os trechos acima demonstram a preocupação dos senadores com as prerrogativas estabelecidas pelo Art. 52, X, da Constituição ao Senado, preocupação esta vocalizada em tom crítico e explícito à tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

O próximo é o SF OFS 8/2011, que comunica ao Senado Federal que, o STF, na sessão plenária de 23 de fevereiro de 2011, conheceu e deu provimento, no mérito, por unanimidade, ao recurso extraordinário nº 379.154, e declarou a inconstitucionalidade do inc. VI do Art. 14 do Decreto-Lei nº 2.052/83. Apreciado, em 06 de março de 2013, o parecer nº 97/2013, do senador Alysio Nunes Ferreira, pela apresentação de projeto de resolução de suspensão do dispositivo. Ao que aqui releva, basta ver que o relatório percebeu os argumentos do STF para considerar a norma inconstitucional (no relatório, há um histórico da tramitação do RE desde o primeiro grau de jurisdição, com apontamento de argumentos utilizados em cada instância):

No Supremo Tribunal Federal, o Recurso teve como Relator o Ministro Carlos Velloso, que ressaltou a posição firmada pelo órgão no sentido de que, a partir da Emenda Constitucional nº 08, de 1977, a contribuição em apreço perdera a natureza tributária, entendimento que, entretanto, não prevalece no regime da atual Constituição. O

art. 14 do Decreto-Lei ampliou os sujeitos passivos da contribuição pelos dizeres contidos no seu inciso VI, acima reproduzido. Entendeu o STF que o regramento da contribuição não poderia ser definido ou modificado por meio de decreto-lei.

O Tribunal, por maioria, conheceu do recurso e, no mérito, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao RE e declarou a inconstitucionalidade do inciso VI do art. 14 do Decreto-Lei nº 2.052, de 1983.

É inegável hipótese, pelos parâmetros adotados, de postura dialógica. O projeto de resolução foi convertido, pela não apresentação de recursos, na resolução do Senado nº 05/2013.

O SF OFS 27/2013, desde 10 de junho de 2013, a designação de relator na CCJC, sendo o mesmo caso dos OFS 47/2013, OFS 8/2014, 9/2014, 24/2014, 26/2014 (que tramita em conjunto com o OFS 27/2014), 28/2014, 46/2014, 47/2014, 48/2014, 49/2014, 4/2015 e 22/2015. Não há, portanto, quanto a estes que não tramitaram, qualquer possibilidade de aferir a postura de considerações pelos argumentos do STF nas declarações de inconstitucionalidade.

De se mencionar o SF OFS 46/2013, que tem como objeto o mesmo Art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724/79, que já teve sua suspensão de execução decretada pela resolução do Senado nº 71/2005, mencionada anteriormente. Como disse o relator designado, senador Cidinho Santos, “[c]uida-se, assim, de *matérias sobre as quais esta Casa já se debruçou e já decidiu.*” Ele propõe, em seguida, o arquivamento em função da prejudicialidade, em parecer que ainda não foi apreciado pela CCJC.

Aqui parece ser um nítido exemplo de desconsideração do STF, pois, em 18 de janeiro de 2006, foram enviados os ofícios SF nºs 3021, 3022 e 3023 de 27/12/05, ao presidente do Supremo Tribunal Federal, comunicando exatamente a promulgação da resolução nº 71/05, referente aos ofícios nºs 95-P/MC, 73-P/MC e 44-P/MC, respectivamente, promulgada pelo presidente do Senado Federal. Ou seja, o STF sabia (ou deveria saber) que há sete anos (a nova comunicação de declaração de inconstitucionalidade é de 2013) a norma em questão já tivera sua execução suspensa pelo Senado. Este não é caso de postura dialógica ou não, pois sua tramitação transcende o debate sobre o mérito da interpretação constitucional.

Por fim, o mais recente ofício de comunicação do STF recebido pelo STF (procolado em 17 de março de 2015) teve, por algum motivo, destino diverso dos que apenas aguardam designação de relator. Neste caso, foi dada a relatoria, em 13 de novembro de 2015, ao senador Álvaro Dias, que apresentou, no dia 19 do mesmo mês, o seu parecer, pela apresentação de projeto de resolução suspendendo a execução do inc. IV do Art. 22 da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99. Assim está lançada parte do parecer, que pende de votação na CCJC do Senado:

O STF, ao julgar o recurso extraordinário em questão, entendeu que o inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, extrapolou a norma do art. 195, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, que autoriza a instituição de contribuição social sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que preste serviço à empresa, mesmo que sem vínculo empregatício. [...]

É importante, no caso em análise, conferir aplicabilidade aos dispositivos que conferem prerrogativa ao Senado Federal para suspender a execução do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, declarado inconstitucional, em controle difuso, pelo STF.

É verdade que o Recurso Extraordinário nº 595.838 foi julgado pelo STF mediante a sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, que trata da repercussão geral. Assim, por força do § 4º do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a decisão proferida tem potencial de impedir a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de constituir créditos tributários fundamentados na norma declarada inconstitucional.

Mesmo assim, é necessário, em razão da relevância da matéria, retirar do ordenamento jurídico a referida norma, de sorte a afastar, por completo, a possibilidade de que as empresas tomadoras de serviços prestados por cooperados por meio de cooperativas de trabalho sejam obrigadas a recolher contribuição incidente à alíquota de 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

O inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, é norma flagrantemente inconstitucional, pois onera o faturamento das cooperativas e, portanto, não tem suporte no art. 195, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, que trata da possibilidade de ser instituída contribuição sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho.

Conforme decidiu o STF, a criação de nova fonte de custeio para a Seguridade Social deveria ter sido veiculada em lei complementar, por força do § 4º do art. 195, que exige a observância das regras do art. 154, inciso I, todos da Constituição Federal.

Além disso, a Constituição Federal impõe o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, nos termos da alínea “c” do inciso III de seu art. 146. Ao desconsiderar a personalidade jurídica das cooperativas com intuito de onerar os valores pagos aos cooperados, o legislador infraconstitucional violou a Constituição, razão pela qual a norma deve deixar de produzir efeitos, o que favorecerá todas as cooperativas que prestam serviços às empresas.

É certamente bem delimitada a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, além de haver relevante abordagem jurídica dos efeitos do julgado e do papel que remanesce ao Senado cumprir. Trata-se, ainda que inconclusa a tramitação, de um último exemplo dialógico dentre os ofícios que foram enviados, desde a promulgação da CF/88, comunicando a declaração *in concreto* de inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais.

4.3 Emendas de *override* e leis *in your face* – mais uma chance para relevar as razões do outro

Já uma suposta intromissão indevida do Poder Judiciário sobre as prerrogativas do Legislador só é sanável pelo próprio exercício do poder de legislar ou, conforme o caso, de reformar a Constituição. [...] É claro que o próprio exercício do poder de reforma constitucional se sujeita a regras que podem ensejar nova manifestação do Poder Judiciário, mas essa é uma característica de nosso sistema constitucional que se coaduna com o princípio da supremacia da Constituição.⁴⁴⁵

[...] O Tribunal tem exercido essa atividade [controle de constitucionalidade de emendas constitucionais] em um quadro de absoluta normalidade. Isso não quer dizer, deixe-se ressaltado, que esta Corte venha se impondo ao legislador democrático na definição dos limites constitucionais ao poder de revisão da Constituição. A Corte tem deixado bem claro que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não impedem toda e qualquer modificação do texto constitucional, mas apenas aquelas que implicam efetiva violação a seu núcleo essencial.⁴⁴⁶

Não é comum, tomadas as diversas jurisdições constitucionais do mundo ocidental, que um tribunal tenha a prerrogativa de declarar a

⁴⁴⁵ Excertos da Decisão da Presidência da Câmara dos Deputados à Questão de Ordem 11/2011 do dep. Nazareno Fonteles.

⁴⁴⁶ Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes na ADIn 2395.

inconstitucionalidade de Emendas à Constituição⁴⁴⁷. Talvez não seja exagero dizer que a imensa maioria dos escritos teóricos que sustentam jurídica, política e sociologicamente o poder do judiciário de invalidação de leis perante a Constituição pressuponha, como pano de fundo, a sempre presente possibilidade de o legislativo decidir por alterar o próprio parâmetro de controle – o Texto Magno – e, com isso, garantir que a “palavra final” sobre o resultado da contenda seja imposta pela representação popular, ainda que emendas sejam, em geral, mais difíceis que no Brasil. A soma de duas facetas – controle de constitucionalidade judicial e possibilidade de julgamento das mudanças ao texto da Carta Política pelo constituinte derivado – é, de fato quase uma peculiaridade brasileira.

Como igualmente já argumentado noutros tópicos, o sistema brasileiro permite (veja-se o § 2º do Art. 102 da CF/88) a edição de leis e emendas constitucionais, ainda que elas contrariem, *prima facie*, o dispositivo de algum julgamento do STF⁴⁴⁸. Isto faz com que o debate possa ser reaberto e com que

⁴⁴⁷ Veja-se, sobre o tema de normas constitucionais inconstitucionais, o clássico de Otto Bachof (2009).

⁴⁴⁸ Oliveira (2010:1-2) menciona casos de Emendas à Constituição promulgadas com o nítido propósito de superar decisões do STF: “a) a EC 19/1998 [...] deu nova redação ao inc. XI do art. 37 da CF/1988, para estabelecer que ‘as vantagens pessoais e de qualquer natureza’ deveriam ser consideradas para o fim de fixação do teto remuneratório dos servidores públicos, com o claro propósito de corrigir o entendimento do STF na ADIn 14 (RTJ 130, p. 475-484), de que as vantagens pessoais não estariam abraçadas pelo teto remuneratório; b) a EC 20/1998 [...] conferiu nova redação ao art. 195, I, da CF/1988, para estabelecer, na alínea ‘a’, que a contribuição social exigida dos empregadores seria incidente sobre a ‘folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício’. A alteração teve o intuito de superar o entendimento jurisprudencial do STF, que, analisando o texto anterior, no qual havia referência apenas à expressão ‘folha de salários’, entendeu ser inconstitucional a cobrança de contribuição previdenciária relativa aos trabalhadores autônomos segundo a Lei 7.787/1989 [...] RE 166.772-9 [...]; c) a EC 29/2000, em nova redação dada ao art. 156, § 1.º, da CF/1988, explicitou a possibilidade de progressividade fiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), contrariando o entendimento do STF; d) a EC 33/2001 [...] conferiu nova redação ao art. 155, § 2.º, IX, a, da CF/1988, estabelecendo a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre a entrada de bens ou mercadorias importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que esta não seja contribuinte habitual do imposto, contrariando o entendimento do STF; e) a EC 39/2002 [...] introduziu o art. 149-A na CF/1988, prevendo a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, contrariando o entendimento do STF que não autorizava a cobrança da referida taxa; f) a EC 52/2006 [...] deu nova redação ao § 1.º do art. 17 da CF/1988, para superar o entendimento do TSE que considerou vedada a prática de coligações de partidos políticos em âmbitos nacional e local (Res. 21.002/2002); g) a EC 57/2008 acrescentou o art. 96 ao ADCT, dispondo que ficariam ‘convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação’. Como se sabe, o STF havia firmado posicionamento jurisprudencial no sentido de considerar inconstitucionais leis estaduais que

o sentido das normas constitucionais não fique eternamente “aprisionado” por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, sujeito apenas à revisão por iniciativa dos próprios ministros.

Nosso ponto, aqui, é saber se, nestes casos em que o Congresso Nacional tenha decidido editar norma contrariando decisão do STF, o tribunal adota postura diferente (e mais deferente), quanto aos argumentos dos parlamentares sobre o sentido da Constituição, daquela que se percebe nos demais julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade. Para responder esta pergunta, serão adotados parâmetros muito semelhantes àqueles já arrolados na Seção 4.1 deste Capítulo, apenas com a peculiaridade de aqui ter-se como objeto ADIns que impugnam leis *in your face* e Emendas Constitucionais de *override*.

É importante salientar que nem todas as normas oriundas de uma postura de superação da jurisprudência, por parte do legislativo, são questionadas por meio de ADIns – por mais presente que esteja, entre nós, o fenômeno da judicialização da política. E, mesmo quanto às que redundaram, sabe-se que nem todas já foram julgadas em definitivo pelo STF. Não entrará na verificação, por exemplo, o acórdão da ADIn 5105. Não obstante, é altamente pertinente colacionar abaixo trecho do voto do ministro Luiz Fux, relator desta ação direta de inconstitucionalidade, exatamente sobre o tema “superação legislativa da jurisprudência”:

Da análise dos retromencionados arestos [vários acórdãos do próprio STF], e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai *ex ante* a faculdade de *correção legislativa* pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de *reversão jurisprudencial* via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje

h) haviam criado municípios após a alteração da redação do art. 18, § 4.º, da CF/1988 pela EC 15/1996 [...], que exigiu a edição de lei complementar federal para regular o tema. O STF, em alguns julgados, declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, mantendo a vigência da lei por prazo fixado até que o legislador pudesse estabelecer novo regramento. A emenda constitucional teve o nítido escopo de assegurar a validade da criação dos municípios, independentemente das decisões do STF; h) a EC 58/2009 [...] alterou a redação do art. 29 da CF/1988 para modificar a forma de cálculo do número de vereadores. A emenda nitidamente pretende superar o entendimento firmado pelo STF no RE 197.917/SP (DJ 07.05.2004), que adotou critério do qual resultou a redução do número de vereadores em todo o País, e na Res. TSE 21.702/2004 [...], que buscou dar aplicabilidade à mencionada decisão.”

aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de *reversão jurisprudencial* por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, inexistente, *descritivamente*, qualquer *supremacia judicial* nesta acepção mais forte.

Por outro lado, do ponto de vista *prescritivo*, tampouco se afigura *desejável* pugnar pela impossibilidade de *definitividade* da interpretação da Constituição pelo STF. Isso porque endossar compreensão que interdite *tout court* ou dificulte sobremodo a prerrogativa de o legislador proceder, *sponte sua*, a *correções* de jurisprudência da Corte seria extremamente antidemocrático, amesquinhando a própria capacidade da política ordinária de se autocorrigir. É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição. Oportuno registrar que o próprio texto constitucional desafia esse entendimento: em *primeiro lugar*, os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo, a teor do art. 102, § 2º, e art. 103-A, de modo que é perfeitamente possível a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias acerca do assunto objeto do pronunciamento judicial. Ademais, e *em segundo lugar*, o dever de fundamentação das decisões judiciais, *ex vi* do art. 93, IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de *correção legislativa de sua jurisprudência*, enfrente a controvérsia à luz dos (novos) argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. [...]⁴⁴⁹

Naquilo que afirmou como “ponto de vista prescritivo”, o ministro Fux mostrou ser partidário de uma postura bastante deferente à vontade dos representantes do povo. Ele concorda, inclusive, que é necessário ao STF observar amiúde os argumentos postos pelo legislativo com vistas a superar a jurisprudência. O relator da ADIn 5105 entende que o Supremo Tribunal

⁴⁴⁹ É curioso contrastar o que escreveu o ministro Fux, em seu voto, nesta ADIn, com o que disse sobre a PEC nº 182/2007 (que foi aprovada na Câmara dos Deputados, liberando o financiamento privado de campanhas eleitorais, contra o julgamento do STF na ADIn 4650, em que fora proibido o repasse de empresas aos candidatos): “— É uma discussão se PEC não representa um atentado à dignidade da jurisdição, uma maneira de burlar decisão do STF. É preciso que haja um mecanismo para evitar isso. O STF declarou inconstitucionalidade, porque viola cláusulas pétreas (da Constituição) relativas à democracia, ao sistema republicano. É inaceitável que, depois de decisão do Supremo, o Congresso Nacional insista em algo que não é o sentimento constitucional admissível, qual seja, o de que empresas que não têm ideologia nenhuma continuem a financiar campanhas políticas” (fala mencionada na reportagem intitulada “Fux critica PEC que libera financiamento de campanha”, publicada em <http://oglobo.globo.com/brasil/fux-critica-pec-que-libera-financiamento-de-campanha-17650562>, acesso em 30/09/2015)

Federal tem se autorestringido e sido deferente em casos quietos. A pergunta desta Seção é: se isso for verdade, os magistrados o fazem apenas por medida de complacência (o que apenas evidenciaria os diálogos constitucionais em seu sentido formal) ou efetivamente se dedicam a compreender – e comparar com os anteriores – os argumentos expendidos pelos legisladores (aí sim, em postura dialógica em sentido material)? Será que a prescrição de conduta do ministro Luiz Fux é observada pelo plenário do STF?

O universo de casos, aqui, não se pode afirmar que seja exaustivo, em virtude da impossibilidade de pesquisa específica – apondo como objeto de controle ato normativo superador de jurisprudência – nos bancos de dados do Supremo Tribunal Federal. Da literatura consultada (sobretudo OLIVEIRA, 2010:1-2; BRANDÃO, 2012:289 e ss e VICTOR, 2013:173 e ss) foi possível extrair três ações diretas contra Emendas Constitucionais de *override* (3685, 4425 – esta julgada em conjunto com as ADIns 4357, 4372 e 4400 – e 4307) e três que debateram leis *in your face* (2797, 3772 e 4578) que auxiliarão a perceber o fenômeno na jurisprudência do tribunal. Viu-se, por certo, diversos outros casos em que o Congresso Nacional buscou⁴⁵⁰ ou ainda busca⁴⁵¹

⁴⁵⁰ Caso da progressão de regime nos crimes hediondos e regime fechado integral. Este não será avaliado, porque não é ADIN, mas *Habeas Corpus* (82959) e, depois, Reclamação (4335), passando pela Lei Federal nº 11.464/07 e redundando em nova declaração de inconstitucionalidade incidental no *Habeas Corpus* (111840). Tem-se, ainda (exemplos a seguir de BRANDÃO, 2012:289 e ss): RE 153.771 e EC 29/00 (IPTU progressivo para fins fiscais); invalidação de taxas de iluminação pública e EC 39/2002 (CIP); EC 33/2001 e entendimento sobre não incidência de ICMS em importações de Pessoas Físicas; RE 166.772 e EC 20/1998 (contribuição previdenciária do empregados sobre todos os rendimentos de salário pagos); EC 19/1998 e ADIn 14 + sessão administrativa de 24/06/1998 do STF e EC 41/2003 + MS 24.875 (vantagens pessoais incluídas no teto, mas sem prejuízo do direito adquirido); criações de municípios e EC 15/1996 e ADO 3682-3 e ADI 2024.

⁴⁵¹ Como exemplos, tem-se: “a) a PEC 386/2009, que pretende alterar o § 1.º do art. 220 da CF/1988, para dispor: ‘Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, atendido o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV’, e observada a necessidade de diploma de curso superior de jornalismo, devidamente registrado nos órgãos competentes, para o exercício da profissão’. A PEC pretende evidentemente superar o entendimento do STF no julgamento do RE 511.961 (JRP2010\874) (rel. Min. Gilmar Mendes, decisão de 17.06.2008), que considerou inconstitucional a exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão; b) a PEC 322/2009, para acrescentar parágrafo ao art. 17 da CF/1988, dispondo: ‘Somente exercerão mandato de deputado federal, deputado estadual ou deputado distrital candidatos de partidos que obtiverem um por cento dos votos válidos, excluídos os brancos e os nulos, obtidos em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com o mínimo de meio por cento dos votos em cada um deles’. Trata-se de nítida tentativa de correção legislativa da jurisprudência firmada pelo STF no julgamento da ADIn 1.351 (rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30.03.2007), que julgara inconstitucional dispositivo legal de conteúdo semelhante (que criara a denominada “cláusula de barreira”).”

superar entendimentos sobre o sentido da Constituição firmados pelo STF. Estes não serão aqui analisados, seja porque não foram questionados por meio de ações diretas perante o tribunal (e aqui retomam-se as razões mencionadas na metodologia para excluir outras espécies de medidas judiciais), seja porque sequer foram impugnados, ou, ainda, em função de seus acórdãos não terem, até o momento, sido disponibilizados na íntegra (situação, como dito, da ADIn 5105, na qual julgada a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 12.875/2013, que veiculava restrições aos recursos do fundo partidário e ao direito de antena a novas legendas contra o entendimento firmado pelo STF nas ADIns 4430 e 4795).

O primeiro caso inicia-se com a consulta nº 715, de 10 de agosto de 2001, dirigida ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por partidos políticos, com vistas a elucidar a interpretação daquela corte acerca do Art. 6º da Lei Federal nº 9.504/97 (Lei das Eleições), que disciplina as coligações partidárias. Como resposta à consulta, o TSE editou a resolução nº 21.002/02, que afirmou que

[o]s partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.

Consulta respondida negativamente.

Também fruto dessa consulta nº 715/01, o § 1º do Art. 4º da Instrução nº 55 (aprovada pela resolução nº 20.993/02), destinou-se a aplicar a regra ao pleito de 2002, nos seguintes termos:

Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.2002).

(OLIVEIRA, 2010:2). Também é possível citar o PL 6583/2013, que versa sobre o “Estatuto da Família”, foi aprovado em Comissão Especial da Câmara dos Deputados e visa, sobretudo, a superar o entendimento do STF no julgamento da ADPF 132 e da ADIn 4277, considerando como família a união homoafetiva.

Este dispositivo da Instrução nº 55 foi questionado, em 2002, por meio das ADIns 2626 (de autoria do PCdoB, PL, PT e PSB) e 2628 (intentada pelo então PFL), que tramitaram apensadas. Estas ações, após longo julgamento do pleno do STF, não foram conhecidas, ante o argumento de que, ao atacarem interpretação legal realizada por atos normativos do TSE, a eventual inconstitucionalidade seria meramente reflexa, não ensejando o controle abstrato. Não obstante, o parecer do procurador-geral da República foi pelo superação da preliminar de conhecimento, no que foi seguida por quatro ministros do STF, inclusive o relator, Sydney Sanches. É bom lembrar que a jurisprudência do Supremo em ações diretas de inconstitucionalidade é bastante flexível, em geral, para avaliar resoluções de Tribunais, não o foi, contudo, neste caso. Vale o trecho abaixo do voto da ministra Ellen Grace, que abriu a divergência sobre o conhecimento da ação:

Concluo, Sr. Presidente, para assinalar com absoluta convicção que nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo Tribunal Eleitoral. [...]

Seguramente Sua Exa. foi ouvida e considerada. A PEC nº 4/2002, com origem no Senado Federal, foi promulgada em 08 de março de 2006 como EC nº 52, e deu a seguinte redação ao § 1º no Art. 17 da CF/88:

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Com esta Emenda Constitucional, passara a constar no texto da Norma Fundamental a previsão de que a ministra Grace havia carecido para julgar a Instrução nº 55. A EC nº 52 é, ao mesmo tempo, uma resposta legislativa à resolução do TSE e ao julgamento do STF, pois o que o Congresso Nacional

demonstrou querer, no mérito, era algo diametralmente diverso do que entenderam os tribunais.

A EC nº 52, por seu turno, foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade 3685, manejada pelo Conselho Federal da OAB, em 09 de março de 2006 – no dia seguinte, portanto, à promulgação.

A ministra Ellen Grace foi relatora desta ADIn 3685, na qual a OAB buscou invalidar a aplicabilidade imediata, inobservado que teria sido princípio da anualidade eleitoral, dos postulados da Emenda Constitucional nº 52. A relatora fez menção ao relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal quando da análise da PEC que deu origem à EC nº 52. Tal referência, apesar de demonstrar a plena viabilidade de tal espécie de recurso argumentativo, não pode, contudo, ser considerada aqui como evidência dialógica. É que a ministra Grace a teceu somente para explicar o porquê de a Emenda Constitucional prever sua aplicação às eleições de 2002, quando foi aprovada apenas em 2006 – o “equivoco” se dera em razão

[d]a complexidade, [d]as peculiaridades e [d]as dificuldades ínsitas ao processo legislativo brasileiro, fator somado, ainda, a circunstâncias políticas atuais que reativaram a pretensão de uma célere promulgação de Projeto [sic] de Emenda Constitucional que possuía, em sua tramitação final, a mesma redação de substitutivo integrante de relatório aprovado em 03.04.02 [...] (conforme trecho do voto da ministra relatora).

Esse não era, entretanto, o objeto da ação, restando como mero *obiter dicta* desta ADIn, em que não houve postura dialógica de nenhum dos ministros, mesmo com a intrínseca vinculação do tema decidendo com a atuação do Congresso Nacional. Da ementa do julgado, colhem-se os seguintes trechos:

2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal.

3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo

legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). [...]

7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º O da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.

Pode-se, ver, portanto, que o STF julgou a ação procedente, invalidando a aplicação da norma no prazo que havia sido cogitado pelo Congresso Nacional. Considerando que a ação da OAB havia impugnado, tão-somente, a vigência da EC nº 52, pode-se dizer que a postura do tribunal foi de indeferência ao legislativo, porque não considerou sua posição sobre a aplicação temporal da regra. Também se constata a ausência de atitude dialógica, porquanto nenhum dos ministros quis saber das razões pelas quais os parlamentares consideraram a regra de vigência constitucional. Simplesmente eles a declararam inconstitucional com base em seus entendimentos e em julgados anteriores, mostrando que a postura do STF, mesmo em se tratando de Emenda Constitucional de *override*, também pode ser de desprezo.

O próximo caso envolve as Emendas Constitucionais nº 30/2000 e nº 62/2009, que versaram sobre os precatórios. Um bom resumo do ocorrido é dado pelo ministro Luís Roberto Barroso:

A Constituição de 1988 tentou arrumar a matéria [regime de pagamento dos precatórios], instituindo uma moratória de oito anos. Ao final dos oito anos, a verdade é que nenhum dos entes devedores se organizou nem se estruturou para se beneficiar daquele prazo, e tudo continuava a ser como antes. Sobreveio, então, a Emenda Constitucional nº 30/2000, que instituía uma moratória de 10 anos para o pagamento desses precatórios. O Supremo Tribunal Federal declarou – primeiro, liminarmente; depois, em decisão final, algum tempo depois –, a inconstitucionalidade da maior parte da Emenda nº 30. E, aí, sobreveio, em 2009, a Emenda Constitucional nº 62 dando uma nova moratória – aí de 15 anos –, porém com algumas salvaguardas que finalmente fizeram com que o sistema, em alguma medida, começasse a funcionar. Mas essa Emenda nº 62 também foi declarada inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, só não declarou a inconstitucionalidade do art. 33 do ADCT, que também foi arguida, porque entendeu – a meu ver, com razão – que não existe inconstitucionalidade de norma constitucional originária. Mas, nas outras duas vezes que a matéria chegou ao Plenário,

o Supremo derrubou, por inconstitucionais, os tratamentos legislativos que o Congresso, que o Poder Constituinte derivado, havia proposto.

Eu acho que é chegada a hora de o Supremo Tribunal Federal dar alguma sinalização do que nós achamos legítimo se fazer nessa matéria. (Trecho do voto do ministro Barroso na Questão de Ordem na ADIn 4425).

O julgamento que declarou inconstitucional a EC nº 30 deu-se nas ADIns 2362 e 2356. A EC nº 62/09, portanto, é considerada uma Emenda de *override*, por, entre outros, ter tentado novamente implacar a ideia de uma moratória dos precatórios. E foi no julgamento conjunto das ADIns 4425, 4357, 4372 e 4400 que o STF acabou por declarar a inconstitucionalidade desta segunda EC dos precatórios. É verdade que este julgamento ainda não foi – formalmente – concluído, diante da ausência de trânsito em julgado. Mas, por duas razões, será ele aqui considerado: a primeira é porque o assunto foi objeto de longo “redebate” em sede de questão de ordem, em que os ministros discutiram longamente a sua própria decisão de 2013, esmiuçando como deveria dar-se a modulação de efeitos do acórdão. A segunda é que a única pendência para o trânsito em julgado era a decisão sobre embargos de declaração, apresentados em 13 de agosto de 2015 e recentemente não conhecido pelo relator, em despacho de 28 de dezembro de 2015. Ou seja, é altamente provável que o o julgado tenha trânsito final nos próximos dias, ao fim das férias forenses.

Cabe ainda referir que a EC nº 62/09 é também, de certa forma, tentativa de superação do julgamento proferido pelo STF na ADIn 3453, que a ministra Cármen Lúcia, relatora, ressaltou, a ementa, que a “[...] *matéria relativa a precatórios não chama a atuação do legislador infraconstitucional, menos ainda para impor restrições que não se coadunam com o direito à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada.*” Ou seja, para viabilizar o instituto da compensação de créditos, objeto de debate naquela ADIn 3453 (em que impugnada a Lei Federal 11.033/04), o Congresso Nacional achou por bem constitucionalizá-lo na EC nº 62/09.

Isto posto, é possível ir ao texto das 310 laudas do acórdão de 14 de março de 2013. O relator, ministro Ayres Britto, votou pela declaração de inconstitucionalidade formal, por vícios que constatou na tramitação da PEC junto ao Senado Federal. Já o ministro Luiz Fux, em voto-vista, iniciou por tecer

comentários de paradigma à atuação do STF em controle do processo legislativo:

A despeito dos substanciosos fundamentos do voto do eminente Min. Relator, entendo, com a devida vênia, que a tese não merece acolhida. Não se ignora, por certo, que cabe à Corte Constitucional o dever de assegurar as regras do jogo democrático, no que têm destaque as formas que presidem o processo legislativo, conceituado, na clássica lição do Prof. José Afonso da Silva, como o “*complexo de atos necessários à concretização da função legislativa do Estado*” (*Processo constitucional de formação das leis*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 41). Tutela-se assim, em última análise, a própria legitimidade das manifestações das Casas do Congresso Nacional, que, em uma sociedade pluralista marcada pelo dissenso, deve assegurar a justiça do resultado ao menos pela justiça do procedimento, preservando a voz e a representatividade das minorias no cenário político.

A interferência judicial no que se pode denominar de âmago do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, no entanto, para justificar-se, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto das normas da Constituição Federal. Corre-se o grave risco, do contrário, de sufocar e de engessar a dinâmica própria aos agentes políticos eleitos, aprisionando-a por força externa em fórmulas rígidas que não se ajustam bem à cambiante necessidade de acomodar uma ampla gama de anseios sociais divergentes no Parlamento. Sendo a Constituição um documento que se situa na fronteira entre a política e o Direito, e que corporifica a difícil pretensão de conter e racionalizar o fenômeno político, é preciso ter presente a eterna advertência de que “*We must never forget that it is a constitution we are expounding*”, nas palavras do Chief Justice Marshall, da Suprema Corte Norte-americana, no julgamento do caso *McCulloch v. Maryland* (1819), em alusão clara aos fatores subjacentes à ordem constitucional que muitas vezes não podem ser reduzidos aos mesmos conceitos lógicos ou teleológicos que perpassam as técnicas tradicionais de exegese da legislação ordinária.

Na sequência, o ministro Fux avaliou as normas constitucionais brasileiras sobre o processo legislativo e concluiu que a PEC 12-A, que originou a EC nº 62/09, não feriu diretamente nenhuma norma constitucional, devendo privilegiar-se, no caso, a solução conferida pela Casa Legislativa ao conduzir o procedimento de formação da sua vontade. Para tanto, ele citou as informações prestadas pelo Senado Federal nos autos do processo, contudo, apenas no tocante aos dados sobre procedimentos, sem nada mencionar

acerca da interpretação da adequação constitucional da tramitação realizada pelo parlamento.⁴⁵² Como sabido da metodologia aqui empregada, a só menção das informações não basta a considerar o acórdão como dialógico, devendo haver clara alusão aos argumentos de poderação sobre a constitucionalidade. E o ministro Fux acabou, quanto ao mérito, seguindo o relator em diversos tópicos, declarando a inconstitucionalidade da maioria dos dispositivos alterados pela EC nº 62.

O ministro Teori teve postura mais auto-contida. A seguinte passagem de seu voto sintetiza seu ponto de vista:

Então, essa é a comparação que nós temos de fazer. Não considero que o modelo proposto seja atentatório a um direito de crédito que não se conseguia fazer valer. Essa é a questão. Se pudéssemos aqui construir uma norma alternativa, talvez a solução fosse outra. **Mas não podemos construir.** Temos de optar entre os dois modelos, dois modelos que existem. Não é entre um modelo proposto e um modelo ideal, que nunca existiu.

A verdade parece ser esta: a maioria dos ministros, que acabou por declarar a inconstitucionalidade da EC nº 62, queria um modelo de pagamento de precatórios que nunca existiu, operando em verdadeira sentença aditiva, de perfil tão próprio do legislador positivo, sobretudo após o julgamento da questão de ordem aposta ao feito.

E, apesar do que disse o ministro Dias Toffoli em seu voto:

Com efeito, na situação presente, não há margem para se firmar apressadamente de aprovação da norma, ou mesmo a ausência de amadurecimento da questão. Ora, é de conhecimento notório de todos a **ampla discussão no âmbito do Congresso Nacional** a respeito da PEC dos precatórios, a envolver não apenas os parlamentares, mas também integrantes dos Governos Federal, Estaduais, Distrital e Municipais. Afinal, tratou-se de proposta de emenda que tramitou no Senado Federal por três anos e foi objeto de aprovação duas vezes nessa mesma Casa Legislativa. Não há razão, portanto, para se afirmar que sua aprovação teria ocorrido sem a devida reflexão ou amadurecimento por parte dos parlamentares.

⁴⁵² Ele chegou a citar trecho do parecer da senadora Kátia Abreu na CCJC do Senado, mas em nada mencionando tal excerto algum laivo de interpretação da CF/88.

As razões e argumentos de constitucionalidade lançados pelo Congresso Nacional no bojo da “ampla discussão” que se reconhece ter havido, não foram ponderados pelos ministros do STF no julgamento desta ADIn 4425 – nem os das CCJCs, nem os dos órgãos de informação, não houve consideração por nenhum deles.

O terceiro caso tratado de Emenda Constitucional de *override* nasce com o julgamento, pelo STF, do RE nº 197.917, decidido em 24 de março de 2004, e das ADIns 3345 e 3365, estas julgadas em 25 de agosto de 2005. No recurso extraordinário, o Supremo declarou inconstitucional lei municipal que havia fixado o número de vereadores da Câmara Municipal. Nas ações diretas discutiu-se a resolução nº 21.702/04 do TSE, que definiu critérios para a fixação do número de vereadores nas Câmaras Municipais. Ressalte-se que, neste caso (diferentemente do que relatado logo acima nas ADIns 2626 e 2628), o tribunal decidiu conhecer das ações, mesmo que o objeto fosse uma resolução do TSE⁴⁵³.

No mérito, o pleno entendeu que não havia, a resolução TSE nº 21.702, ferido a regra da anterioridade, porquanto não prejudicava especificamente nenhum dos concorrentes; tampouco a resolução seria materialmente inconstitucional, pois fora meramente consubstanciadora dos “motivos determinantes” já lançados pelo STF no julgamento do RE 197917. Mais que isso, a norma do TSE teria garantido a força normativa da Constituição e a segurança jurídica, ao estipular os parâmetros de composição dos legislativos municipais.

A reação do Congresso Nacional veio com a PEC nº 333/2004, procolada na Câmara dos Deputados pelo deputado Pompeo de Mattos, em cuja justificação resta bastante claro o propósito de superar o entendimento do STF nos julgamentos mencionados, fixando critérios novos aos números de vereadores às Câmaras Municipais. A PEC foi promulgada em 23 de setembro de 2009, como EC nº 58.

⁴⁵³ Assim está redigida a emenda do acórdão, quanto ao ponto: “Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que, impugnada na presente ação direta, encerra, em seu conteúdo material, clara ‘norma de decisão’, impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata.”

Novamente não tardou a impugnação, que veio com o protocolo da ADIn 4307, em 29 de setembro de 2009, pelo procurador-geral da República. Assim como no caso da EC nº 52, das coligações partidárias, aqui foi impugnada, tão-somente, a regra de validade temporal da EC nº 58, que estava contida no inciso I do Art. 3º e que previu a aplicação de seus postulados às eleições de 2008. Contudo, como a própria promulgação da Emenda foi posterior a este pleito, o STF entendeu que não se poderia aplicar retroativamente, ampliando o número de vagas em um certame que havia previsto outro menor. A ministra relatora, Cármen Lúcia, fez então consignar na ementa no julgado:

2. Norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado: afronta à garantia do exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e a segurança jurídica.

3. Os eleitos foram diplomados pela Justiça Eleitoral até 18.12.2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação a eleição finda e acabada, descumpra o princípio democrático da soberania popular.

4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente: não eleito pelo sufrágio secreto e universal. Voto: instrumento da democracia construída pelo cidadão; impossibilidade de afronta a essa liberdade de manifestação.

5. A aplicação da regra questionada significaria vereadores com mandatos diferentes: afronta ao processo político juridicamente perfeito.

6. Na Constituição da República não há referência a suplente de vereador. Suplente de Deputado ou de Senador: convocação apenas para substituição definitiva; inviável criação de mandato por aumento da representação.

7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Aqui também, no julgamento da ADIn 3685, o STF apenas invalidou a vigência do prazo estipulado pela Emenda Constitucional de *override*. Mas, outrossim de forma idêntica, nesta ADIn 4307 fora somente este o aspecto impugnado. Então é lícito concluir que a deferência do STF é relativa, uma vez que não lhe foi alçado o pedido para declarar a inconstitucionalidade material das alterações – elas mesmas – procedidas na Constituição. Olhando por outro ângulo, o que se pode dizer é que, no limite do que foi proposto, o tribunal decidiu afastar o entendimento sustentado pelo Congresso Nacional. E diga-se,

também no caso desta ação direta, sem qualquer consideração dos ministros às razões arroladas pelos parlamentares, que foram razoavelmente aprofundadas em termos jurídico-constitucionais, segudo consta no próprio relatório lançado no acórdão:

6. Em 6.11.2009, o Senado Federal apresentou informações, nelas se explicitando que *“não se olvida de que o Supremo Tribunal Federal haja conferido ao art. 16 da Carta (que veda a aplicação de leis que alterem o processo eleitoral às eleições que ocorrerem até um ano após sua publicação) o status de garantia fundamental do cidadão, que combate a modificação casuística das normas processuais eleitorais (...) Contudo, a norma em questão, que determinou a aplicabilidade dos efeitos da EC n. 58 ao pleito eleitoral de 2008 não tem natureza processual. Norma processual é a que diz com a realização do pleito, com o processo de candidaturas, de eleições, de contagem de votos, etc. Em suma: as normas processuais são normas instrumentais destinadas a conformar o processo eleitoral, desde sua fase inicial até a proclamação de seu resultado. A norma contida no art. 1º da Emenda Constitucional n. 58, de 2009, e que tem seus efeitos aplicáveis ao pleito de 2008 por força do art. 3º, inc. I, da mesma Emenda, não diz com o processo eleitoral, mas com o limite de vagas nas Câmaras Municipais. Por seu turno, o inciso I do art. 3º não revolve o processo eleitoral de 2008, como quer o autor, mas apenas recebe daquele pleito uma moldura fática, pronta e acabada, que configura ato jurídico perfeito, e lhe confere uma nova configuração no sistema jurídico. Os efeitos do processo eleitoral são os mesmos: a ordem de classificação ali existente fica mantida. O que faz a norma impugnada, portanto, não suprime (e muito menos tende a abolir) os direitos do cidadão-eleitor; pelo contrário, ela os amplia, porquanto aumenta a representatividade do resultado de uma eleição que em nada será alterado”* (fls. 669 a 776).

Boas ou não, estas razões deveriam ter sido, à luz de um pressuposto deliberativo, consideradas explicitamente pelos ministros do STF quando do julgamento da ADIn 4307.

As próximas três são casos de decisões, em ADIn, sobre leis *in your face*.

A primeira versa sobre o tema “foro por prerrogativa de função”. O STF, decidindo a questão de ordem no Inquérito nº 687, em 1999, entendeu por cancelar a Súmula nº 394 de seu repertório, cujo enunciado dizia que *“[c]ometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal*

sejam iniciados após a cessação daquele exercício.” A partir daquela questão de ordem, o tribunal passou a interpretar que, uma vez deixado o cargo, o foro competente para processamento da ação penal seria o natural, devendo os autos a ele ser remetidos, ainda que no transcurso da ação.

O Congresso Nacional não aceitou tal ordem de coisas, e fez aprovar a Lei Federal nº 10.628/02, que retomara o entendimento anterior, da súmula nº 394. Não tardou e, em 27 de dezembro de 2002, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), protocolou a que veio a ser ADIn 2797, impugnando na íntegra a referida lei (que foi julgada em conjunto com a ADIn 2860, da Associação dos Magistrados Brasileiros). O próprio relator disse que *“[o] novo § 1º do art. 84 do CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 [...] no Inq 687-QO [...], cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.”*⁴⁵⁴

O STF julgou a matéria em 15 de setembro de 2005, dando, por maioria, razão à CONAMP e afirmando que a norma seria, de fato, inconstitucional. Na ementa, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, fez constar:

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação **direta e exclusiva** da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao

⁴⁵⁴ Item 35 do voto do ministro Sepúlveda Pertence na ADIn 2797.

entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

Esta foi uma inequívoca demonstração de força do STF⁴⁵⁵, condenada, no futuro, pelo próprio tribunal⁴⁵⁶ por causa da depreciação acerca da função a ser cumprida pelo poder legislativo no tocante à interpretação constitucional.

Em suas informações, prestadas no bojo da ADIn 2797, o Senado Federal asseverou que:

O STF, ao revogar a Súmula 394, entendendo que não haveria prorrogação da competência especial por prerrogativa de função, nada mais fez do que dizer que sem a prorrogação da competência especial aplicar-se-ia a legislação processual comum, ou seja, o Código de Processo Penal, que à época estabelecia como competente o juiz de primeiro grau. Mas, o Código de Processo Penal nessa parte foi alterado [pela Lei Federal nº 10.628/02], e hoje ele prorroga a competência especial penal. E nada há de inconstitucional nisso.

A Constituição estabelece um mínimo de garantias para que os agentes políticos possam bem desempenhar suas funções, não podendo o legislador ordinário suprimir nenhuma delas. Nada impede, porém, que o legislador disponha sobre o processo penal, mesmo que indiretamente amplie garantias constitucionais. E isso nada tem a ver com interpretação da Constituição; trata-se apenas de uma opção do legislador, que é soberano no exercício de suas competências constitucionais.

⁴⁵⁵ Barroso (2014:270).

⁴⁵⁶ *“Percebe-se, com clareza meridiana, que os fundamentos em que vazada a decisão [da ADIn 2797] evidenciam, a mais não poder, a adoção de um ‘autoritarismo judicial’ e um comportamento profundamente ‘antidialógico’, incompatível com o postulado fundamental da separação de poderes. É óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo.”* (Trecho do voto do ministro Luiz Fux na ADIn 5105).

O que mais chama atenção no excerto acima é a “vacina” aposta pelo Senado, no sentido de que sua atitude não dizia com a “interpretação da Constituição”, como se isso fosse verdade e como se ele não pudesse fazê-lo. A manifestação, pelo menos, encontrou eco na avaliação do tribunal.

O ministro Pertence discutiu os argumentos prestados pelo legislativo. Disse sua exa. no voto de relator:

42. Improcede a tentativa das informações de dissimular a disparidade gritante entre a decisão do Tribunal e a Lei superveniente à base da suposição de que o cancelamento da Súm. 394 estaria fundada na ausência de lei ordinária que a consagrasse.

43. Tanto quanto a própria **Súm. 394**, que cancelou, a decisão do Tribunal no Inq 687 derivou de **interpretação direta e exclusiva** da Constituição.

44. Li e reli a íntegra das notas taquigráficas da exaustiva discussão: nela – salvo a evocação incidente e não decisiva pelo em. Ministro Marco Aurélio do art. 87 C.Pr.Civ. – não se cogitou de legislação ordinária alguma, mas exclusivamente de normas e princípios constitucionais. [...]

46. A indagação que assim logo se põe é saber **se a lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República.**

47. A resposta é **negativa.**

Então o que se tem aqui é, ao mesmo tempo, uma decisão que menosprezou o papel do legislativo quanto à interpretação constitucional, mas que, por contraditório que pareça, considerou explicitamente e dialogou com as razões sustentadas pelo parlamento em defesa da constitucionalidade de sua lei. O ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu nos mesmo autos, citou a justificação do projeto de lei nº 6.295/02, que originou a lei contestada, mas, como já diversas vezes explanado, não se considera a justificação lastro competente a evidenciar a posição constitucional-institucional do parlamento. Contudo, em seguida, o mesmo ministro Gilmar fez citar trechos do parecer da CCJC na análise do PL o que, aí sim, é considerado atitude de diálogo com as razões parlamentares.

Tomar-se-á, pois, como um acórdão dialógico, por ter alcançado os critérios estipulados na pesquisa. E, como certo bálsamo de transigência com o

papel do parlamento, ficam as palavras do voto vencido, na mesma ADIn, do ministro Eros Grau:

O Ministro Perceite sustenta ser inadmissível a interpretação da Constituição por lei ordinária, mas é certo, ao contrário, que todo ato legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla. [...]

Ora, sendo o legislador também intérprete autêntico da Constituição, não há, no caso, inconstitucionalidade formal. Pois é certo que o Poder Legislativo não fica vinculado por um dever de não legislar em razão desta Corte ter conferido esta ou aquela interpretação à Constituição. [...]

Coartar a faculdade do Poder Legislativo, de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços, como as árvores --- na metáfora de Lowenstein --- alcançam o céu.

Seguindo-se a ordem, a próxima é a situação inaugurada com a prolação do acórdão da ADIn 152, julgada em 18 de março de 1992, o qual foi assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 286 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE CONSIDERA COMO DE PROFESSOR, PARA OS FINS DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE E DE TODOS OS DIREITOS E VANTAGENS DA CARREIRA, O TEMPO DE SERVIÇO DE OCUPANTE DE CARGO OU FUNÇÃO DO QUADRO DO MAGISTERIO OU DE REGENTE DE ENSINO. Inconstitucionalidade material, no que concerne a aposentadoria especial de professor, prevista no art. 40, III, "b" da CF/88, já que a estendeu a todos os cargos e funções do "Quadro do Magisterio" e, ainda, ao de "Regente de Ensino", resultando contempladas pelo benefício classes de servidores ligadas exclusivamente a atividades de caráter administrativo, estranhas a sala de aula. Inconstitucionalidade formal, no alusivo as demais vantagens, por afronta ao princípio da independência dos Poderes do Estado, a que estava adstrito o Constituinte Estadual, por força do disposto no art. 25, da CF/88 e no art. 11 do ADCT/88, posto que se trata de matéria de iniciativa privativa do Governador do Estado. Procedência da ação, declarada a inconstitucionalidade do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais. [Grifo nosso].

A mesma posição de fundo foi consolidada no verbete nº 726 da súmula do STF:

PARA EFEITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORES, NÃO SE COMPUTA O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO FORA DA SALA DE AULA.

Na Lei Federal nº 11.301/06 o Congresso Nacional resolveu contrariar esta interpretação do Supremo e incluiu o seguinte § 2º ao Art. 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei Federal nº 9.394/96):

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Ocorre que, para perceber adequadamente o fenômeno, é bom ver que à época da propositura do projeto de lei nº 4.671, em 2004, a realidade da própria jurisprudência do STF havia sofrido consideráveis alterações. A autora do PL, deputada Neyde Aparecida, fez assim lançar na justificação do Projeto:

A legislação educacional, bem como a Constituição Federal referem-se, com certa frequência às funções de magistério, ao dispor sobre o profissional de Educação. Entretanto, não existe um dispositivo legal que defina clara e objetivamente o que é função de magistério, cabendo aos membros do Poder Judiciário, no julgamento de muitos casos, a interpretação da matéria.

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o direito à aposentadoria especial de profissional em Educação no exercício de funções de especialista em educação e orientadora educacional, considera função do magistério de forma ampla, além da atividade em sala de aula:

APOSENTADORIA – PROFESSORES – ORIENTADORA EDUCACIONAL – TEMPO DE SERVIÇO. O preceito constitucional regedor da aposentadoria dos professores contenta-se com o efetivo exercício em função do magistério, não impondo como requisito atividade em sala de aula. Assim, descabe ter como infringido o preceito da alínea 'b' do inciso III do art. 40 da CF no que, presente a qualificação de professora, reconheceu-se o direito à aposentadoria especial à prestadora de serviço há vinte e cinco anos nas funções de especialista em educação e orientadora educacional. (STF – RE 196.707-2 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 03.08.2000).

Ou seja, a forma como apresentada a proposição – e como tramitou – levava a crer que o Supremo Tribunal Federal concordava com a posição de fundo que ali se estaria a adotar, razão pela qual, a rigor, talvez sequer pudéssemos estar aqui a considerá-lo como um caso de tentativa de superação legislativa de jurisprudência. No entanto, com as flutuações da jurisprudência, o plenário da corte tornou a tratar do caso em 25 de março de 2004, na ADIn 2253, e disse, como constou na ementa, que:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 156/99. APOSENTADORIA ESPECIAL. REDUÇÃO NA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. FUNÇÕES DE DIRETOR E COORDENADOR ESCOLAR. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O § 5º do artigo 40 da Carta Federal prevê exceção à regra constitucional prevista no artigo 40, § 1º, inciso III, alíneas "a" e "b", tendo em vista que reduz em cinco anos os requisitos de idade e de tempo de contribuição para "o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio". 2. Funções de magistério. Desempenho das funções exercidas em sala de aula. Não abrangência da atividade-meio relacionada com a pedagogia, mas apenas da atividade-fim do ensino. Dessa forma, os beneficiários são aqueles que lecionam na área de educação infantil e de ensino fundamental e médio, não se incluindo quem ocupa cargos administrativos, como o de diretor ou coordenador escolar, ainda que privativos de professor. 3. Lei complementar estadual 156/99. Estende a servidores, ainda que integrantes da carreira de magistério, o benefício da aposentadoria especial mediante redução na contagem de tempo de serviço no exercício de atividades administrativas. Inconstitucionalidade material. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Como o projeto de lei 4.671/04 foi proposta a 15 de dezembro de 2004, pode-se dizer que, de certa forma, a afirmação constante em sua justificacão acerca da orientacão jurisprudencial do STF não refletiu, com veracidade, aquela afirmada então mais recentemente pelo conjunto dos ministros. O cenário, por outro lado, permite afirmar, com convicção, que a atitude do parlamento pode ser interpretada como uma busca de reversão do entendimento firmado pelo STF.

A Lei Federal nº 11.301/06, uma vez promulgada, foi questionada em controle abstrato nos autos da ADIn 3772, de autoria do procurador-geral da

República. O argumento de mérito sustentado pelo Congresso Nacional, nas informações prestadas, dava conta de que “*se o legislador constitucional desejasse considerar, para fins de aposentadoria especial, apenas e unicamente a atividade de ministrar aulas em sala, então não haveria sentido em utilizar o plural nos artigos supracitados.*”

O plenário do STF, após longos debates e pedido de vista, “por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, com interpretação conforme para excluir a aposentadoria especial apenas aos especialistas em educação”. Com isso, inegavelmente foi superada – ainda que não formalmente cancelada – a súmula nº 726, bem como os precedentes das ADIn 152 e 2253. Também é facilmente constatável que, no cerne do debate, o Supremo deu razão à interpretação constitucional albergada pelo Congresso Nacional, porquanto passou a permitir que professores, mesmo que não apenas na atividade específica de sala de aula, fizessem jus à aposentadoria especial.

O que ressaí ao olhar, sob o prisma dialógico que aqui importa, é que, mesmo tendo vindo a validar a atitude do parlamento nesta ADIn 3772, em nenhum momento, qualquer dos votos dos ministros recorreu às razões legislativas acerca da constitucionalidade da matéria. Muitos foram os argumentos empregados, de várias searas, indo de Aristóteles ao pragmatismo da difícil realidade educacional brasileira. Mas nada, realmente nenhuma menção ao que fizera Câmara dos Deputados e Senado Federal asseverarem ser a proposição coerente com a Constituição Federal de 1988.

Talvez o mais irônico seja que, no presente caso, o STF deu razão ao que fez o legislativo assumindo uma postura antidialógica, numa atuação diametralmente oposta ao que fizera no *affair* da ADIn 2797, em que, subjugando com veemência o fazer interpretativo do Congresso Nacional, o Supremo, pelo menos, considerou expressamente os motivos hermenêutico-constitucionais dos deputados e senadores. É um estranho equilíbrio.

Completando os casos em análise, tem-se o que começa no julgamento da ADPF nº 144, em que o STF dissera, em 06 de agosto de 2008, em acórdão ementado pelo ministro Celso de Mello:

[...] MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E

O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO [...] HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, "G") - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE.

A lei *in your face*, no caso, é a LC nº 135/10, conhecida no Brasil como "Lei da Ficha Limpa", oriunda de mobilização de parcelas da sociedade civil que recolheram assinaturas para a proposição de projeto de lei de Iniciativa Popular (em verdade, ao receber as milhares de assinaturas, a Câmara dos Deputados optou por dar a um coletivo de deputados assinar, por eles

mesmos, o projeto – isso para não ter de verificar a veracidade das assinaturas populares – o que faz com que, formalmente, não tenha sido a lei fruto de iniciativa popular). Aprovada a Lei da Ficha Limpa, diversos foram os debates nos meios jurídicos sobre a sua constitucionalidade e aplicação às eleições que ocorreriam imediatamente.

Eis que, então, protocolou-se a inicial da ADIn 4578, julgada em conjunto com as ações declaratórias de constitucionalidade 29 e 30. Todas elas tinham como pano de fundo questionamentos à constitucionalidade de tópicos da Lei da Ficha Limpa. Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski discutiu um dos argumentos das iniciais fazendo expressa remissão ao que disseram as Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania das Casas Legislativas:

Nada impede, a meu ver, que o legislador complementar defina outras hipóteses de inelegibilidade, **como a renúncia ou a condenação por órgão colegiado**, sem trânsito em julgado, em homenagem aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Em outras palavras, em se cuidando de postulantes a cargos eletivos, o interesse público sobrepõe-se aos interesses exclusivamente privados.

Essa questão não passou despercebida pelas Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional. Nesse aspecto, na CCJ do Senado Federal, o parecer ratifica, *ipsis litteris*, o parecer que foi aprovado na CCJ da Câmara dos Deputados ao assentar que:

“Naturalmente, no que tange ao campo da constitucionalidade material, as premissas jurídicas que alicerçam a presente iniciativa têm ensejado, no âmbito do Parlamento e da sociedade, fortes e agudas polêmicas. De fato, há os que entendem que esta proposição legislativa colidiria com o princípio da presunção de inocência firmado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, na medida em que este afirma que ‘ninguém será condenado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

Data maxima venia, não compartilhamos desse ponto de vista, apesar de reconhecermos o consistente embasamento jurídico de que se reveste e a inegável autoridade jurídica dos que os sustentam. Ao contrário do que ocorre com os princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), acreditamos que ao aludido princípio da presunção de inocência não se pode dar interpretação ampliativa capaz de abranger toda e qualquer situação restritiva de direitos decorrente de ato jurisdicional. Seu

*âmbito de aplicação – **ou pelo menos a sua aplicação de forma mais rigorosa e estrita, acrescento** – deve ser circunscrito exclusivamente ao processo penal, como, aliás, resulta diretamente da interpretação literal do dispositivo que o agasalha. Não fosse assim, salvo melhor juízo, jamais poderiam ter quaisquer sentenças que impõem condenações ou sanções de âmbito material diversos das do mundo penal, a possibilidade de gerar eficácia jurídica imediata, o que contrariaria por completo as lições doutrinárias firmadas no âmbito da nossa Teoria Geral do Processo e em nossas próprias regras de direito positivo” (fl. 11).*

Na mesma ação, em debates, o ministro Gilmar Mendes também falou, ao discutir o conceito do “órgão colegiado” da Lei da Ficha Limpa, que:

Ontem, o Ministro Ayres Britto lia, tentando ver a *mens legislatoris* – mas a gente vê como isso é difícil –, a menção do atual Ministro da Justiça, que foi Relator na Câmara dos Deputados, na Comissão Constitucional de Justiça, dizendo que o órgão colegiado aqui se referia a órgão de segundo grau. Trata-se, novamente, de um gesto de consideração aos argumentos dos representantes do povo, como tal sendo computado.

Portanto, considerar-se-á esta ação como sendo dialógica. E aqui, diferentemente dos casos em que viu-se contradição da postura de diálogo com a chancela da posição do Congresso Nacional, o que se tem é um julgamento que deu pela improcedência da ADIn e procedência das ADCs, ou seja, o STF teve postura dialógica, considerando as razões interpretativas do legislativo, e, ao mesmo tempo, considerou que tais motivações estavam conforme a Constituição, resolvendo validar o produto legislativo – a Lei Complementar nº 135/10.

4.4 Balanço da deliberação interinstitucional no Brasil

Dentre as 140 ADIns analisadas na Seção 4.1, 76 foram julgadas improcedentes (54,30%), 34 procedentes (24,28%) e 30 procedentes em parte (21,42%). Refletindo sobre o mesmo fenômeno, o ministro Luís Roberto Barroso considera que

[...] como regra geral, o STF exerce essa competência contramajoritária – isto é, o poder de declarar leis ou atos normativos inconstitucionais – com grande parcimônia e autocontenção. Eu fiz o levantamento em um trabalho acadêmico e o número de dispositivos de leis federais invalidados é bastante reduzido.⁴⁵⁷

Victor (2013:162 e ss) entende que deva-se relativizar a “dificuldade contramajoritária” na avaliação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, baseando-se em dados que lhe fazem crer que o STF pouco exercita seu poder de ablação de dispositivos legais por vício de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Ele toma emprestado de POGREBINSCHI (2011) os dados estatísticos que utiliza para sustentar seu ponto de vista.

De acordo com Victor (2013:162-163)

[...] o levantamento que será utilizado leva em consideração apenas as ações de controle abstrato de normas (ADI, ADC e ADPF), tendo em vista significarem o ponto mais relevante da atuação do tribunal em sua relação com o Congresso Nacional, o que é o objeto desse trabalho.

Porém, logo em seguida, o então doutorando em Direito da USP diz que, do total de 4.574, daquelas naturezas de ações, protocoladas da promulgação da CF/88 ao ano de 2009, 857 teriam contestado normas federais oriundas do Congresso Nacional, ou 18,74% do total. E, com base nisso, conclui (p.164): “[...] [d]e posse desse dado, pode-se inferir que caso haja ativismo judicial por parte do STF ele não está relacionado à invalidação de leis federais.” Parece, porém, não haver correlação lógica entre afirmar que o fato de que “apenas” 1/5 das ações de controle abstrato de constitucionalidade sejam contra normas federais leve à conclusão de que não haja ativismo do STF nestes casos. São duas coisas bastante diversas – e independentes.

Na sequência (VICTOR, 2013:164) ele afirma que, daquele período, extrai-se um universo de 841 ADIns e ADPFs contra atos legislativos do Congresso Nacional, sendo que, destas, 503 teriam sido julgadas, estando as

⁴⁵⁷ Trecho de palestra proferida em 17/08/2015 (texto disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392.41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>, acesso em 25/09/2015).

demais a aguardar julgamento. Daí então, o autor aponta que 374 não teriam tido o mérito avaliado, sendo não conhecidas, por exemplo. Logo, teria o STF julgado, no mérito, apenas 25,65% daquele universo de ações decididas (503). Dessas 129 restantes, ainda segundo Victor, 62 teriam sido julgadas improcedentes, 35 procedentes e 32 parcialmente procedentes. E então vem sua conclusão:

[...] Considerando que as decisões que não adentram o mérito significam que a norma impugnada foi mantida, isto é, não foi declarada inconstitucional, pode-se somar esse universo às ações julgadas improcedentes e ter-se-á o produto de 86,66%. Significa dizer que das ações julgadas pelo STF sobre normas oriundas do Congresso Nacional, **86,66% das decisões confirmam a constitucionalidade das normas atacadas e, assim, o STF endossa a vontade majoritária expressa na norma aprovada.**

Pois bem, a presente tese não se debruça sobre o debate específico do ativismo judicial e da judicialização da política, motivo pelo qual não cabem aqui grandes digressões para provar que o Supremo é ou não ativista. Nos importa menos saber o resultado dos julgamentos e mais apontar se houve, em cada um deles, consideração pelas razões interpretativas do outro poder. Ainda assim, convém dizer que não parece correta a inclusão de ações que não tiveram o mérito julgado na mesma categoria das julgadas improcedentes, para, com isso, demonstrar que (VICTOR, 2013:165):

[...] o número de normas editadas pelo Congresso Nacional que são declaradas inconstitucionais pelo STF é baixíssimo e que o tribunal se abstém de as declarar inconstitucionais em cerca de 90% dos casos. Isso revela uma postura deferente do STF com relação ao Congresso Nacional, com a conseqüente preservação da vontade majoritária, ao contrário do que alardeado. [...]

Diz-se não ser correto na medida em que tal interpretação do fenômeno fica enviesada, e.g., por defeitos processuais das ações – que são o que fazem as iniciais serem indeferidas, os méritos não serem conhecidos, as ações serem consideradas prejudicadas etc. O que parece adequado contar para considerar a postura do tribunal deferente ou não é seu comportamento diante dos casos em que, efetivamente, ele se dedica a conhecer o mérito do

problema posto à sua análise. E, nesta hipótese, tanto pelos dados apresentados no trabalho de POGREBINSCHI (2011) e apropriados por Victor (2013), quanto nos dados primários levantados na presente pesquisa (com a vantagem de que, aqui, são citados nos Anexos 1 e 2 a totalidade dos casos apreciados, com os respectivos dados, permitindo a confrontação), chega-se à conclusão de que a quase metade das ações de controle abstrato de constitucionalidade julgadas, no mérito, pelo STF são, em alguma medida, procedentes. Realmente não parece ser reduzido o número: em 45,7% dos casos (se somadas as ações procedentes e procedentes em parte) o STF resolveu por considerar que a interpretação feita pelo Congresso Nacional sobre a Constituição não estava conforme e deveria ser rechaçada.

Julgar improcedente a ADIn, porém, não significa dialogar. Dialogar é, como sustentado alhures neste trabalho, conhecer e “conversar” com os argumentos alheios, na espécie, os argumentos mútuos dos poderes legislativo e judiciário quando estão a interpretar a Constituição.

Quanto a isso, o que se pôde perceber é que o judiciário pouco dialoga. Dos 140 casos, aqui analisados, de ADIns julgadas em definitivo e dirigidas contra leis federais e Emendas à Constituição, em 117 (83,57%) não houve consideração nenhuma por argumentos do Congresso Nacional acerca da constitucionalidade da norma em debate. Em 117 julgamentos o STF desconheceu solenemente a totalidade dos argumentos empregados pelos congressistas quando estavam a aprovar exatamente aquilo que ali, no plenário do tribunal, estava em questão. Em apenas 23 (16,43%) casos o STF achou por bem saber o que pensava o Congresso sobre a constitucionalidade da norma, e ressalte-se que esta afirmação é bastante condescendente, uma vez que para afirmá-lo bastou que apenas um ministro fizesse menção a passagens argumentativas dos parlamentares, seja nos pareceres das CCJCs quando da tramitação legislativa, seja nos ofícios de informação fornecidos já quando propostas as ADIns.

Um dado da evolução histórica relevante é o fato de que, no início da década de 1990, era comum a dispensa das informações do Congresso Nacional, o que ocorreu nas ADIns 354, 447, 513 e 581. Esta prática foi abolida já na segunda metade dos anos 90, não tornando a ocorrer. Como se sabe, as

informações prestadas pelo legislativo, além de previstas na Lei Federal nº 9.868/99 e no Regimento Interno do STF, são um manancial adequado de razões parlamentares favoráveis ao ato legislativo impugnado, muitas vezes, elas próprias, aportando aos autos os pareceres das CCJCs pertinentes. Mas não adianta requisitar as informações do Congresso Nacional e, sequer, relatar no acórdão qual o teor delas. Foi o que ocorreu em nada menos do que 22 ações do nosso universo de 140, nas quais o ministro relator omitiu qualquer menção à qualidade dos ofícios de informação do legislativo, impedindo saber se eles haviam defendido o mérito constitucional da norma ou resumido-se a relatar o trâmite legislativo.

Outro aspecto a ser mencionado sobre os ofícios de informação, com base nas leituras empreendidas nestes 140 acórdãos e 8.384 páginas, é que, em meados da década de 2010, o STF reviu sua prática anterior e passou a solicitar informações não só da Presidência do Congresso Nacional (o que fazia com que apenas o Senado Federal se manifestasse no bojo da ADIn), mas das duas Casas Legislativas, permitindo que a Câmara dos Deputados também pudesse passar a intervir com argumentos no processo. É bem verdade que, num primeiro momento, a Câmara adotou a mesma postura que tinha o Senado na década de 1990⁴⁵⁸, apenas detendo-se em resumir os fatos do processo legislativo, sem argumentos de mérito na defesa do ato normativo impugnado. Houve casos, ressalte-se, em que, por desídia (ou decisão política), não foram prestadas quaisquer informações (ADIns 2726 e 3273) e até mesmo um em que o Congresso Nacional afirmou não ter competência para responder (ADIn 3341). Mas são pontos fora da curva.

A despeito de tudo, em 99 ações houve prestação de ofícios de informação nos quais o Congresso Nacional empreendeu defesa do mérito constitucional do ato normativo (lei ou Emenda Constitucional) questionado, ou seja, esgrimiu argumentos que sustentassem sua visão favorável à constitucionalidade da norma. Destas 99 em que houve defesa de mérito, 22 são exemplos dialógicos (apenas na ADIn 2556, em cujo acórdão não consta a

⁴⁵⁸ Como se pode ver no Anexo 1, até 1999, o Senado havia aportado ofícios de informação em 11 ADIns apenas informando acerca da tramitação legislativa (ADIns 14, 306, 402, 449, 492, 493, 574, 613, 789, 869 e 939). Estranhamente, a prática voltou a ocorrer, ainda que isoladamente, em 2007, nos autos da ADIn 3942.

natureza do ofício de informação, houve atitude de diálogo além destas 22). Ou seja, a proporção de acórdãos com postura dialógica aumenta quando presentes ofícios com defesa de mérito (de 16,43% para 22,22%), ainda que em pequena escala, se comparada com casos em que os ofícios apenas relataram o processo legislativo e aqueles em que, sequer sabe-se o seu conteúdo.

Dos 23 casos em que houve postura dialógica por parte do STF, 16 tiveram decisão nos últimos nove anos (de 2007 para cá), 5 foram julgados entre 1998 e 2006 e apenas 2 entre 1988 e 1997. Isto, numa visão otimista, poderia indicar que há um aumento do número de julgamentos em que o tribunal resolve considerar as razões do poder legislativo. Ainda, neste universo das ações com atitude de consideração, é válido constatar que 12 foram julgadas improcedentes (52,17%), 5 procedentes (21,74%) e 6 procedentes em parte (21,42%). Estes percentuais são bastante semelhantes àqueles obtidos no universo das 140 ações (como dito, 54,30% improcedentes, 24,28% procedentes e 21,42% procedentes em parte), o que permite inferir com razoável dose de convicção que não há relevância da consideração dos argumentos de constitucionalidade do Congresso Nacional para o resultado final da ação, ou seja, mesmo sabendo como pensavam os parlamentares, os ministros acabam por tomar suas decisões como tomariam sem sabê-lo.

Esta conclusão é importante, mas de modo algum infirma a importância, em si, do diálogo constitucional. Lembre-se que, segundo o que defendeu-se na Seção 2.2 do Capítulo 2, a relevância maior do exercício do diálogo constitucional interinstitucional reside na melhoria epistêmica das decisões e na impregnação democrática delas com o aporte dos argumentos expendidos pelos representantes do povo. E isto certamente se tem nas 23 decisões tomadas em atitude dialógica – pelo menos se comparadas com as demais.

Na quase totalidade das ações avaliadas, mesmo naquelas em que se após o selo de “dialógica”, o foco de argumentação da maioria dos ministros teve por base, além da própria Constituição e dos precedentes do tribunal, os pareceres do procurador-geral da República, citados reiteradamente nos votos, e as informações prestadas pelo advogado-geral da União. Há uma grande semelhança entre estas duas últimas e os ofícios de informação do Congresso

Nacional: nas três hipóteses (parecer da PGR, informações do AGU e informações do Congresso), se está a falar de peças jurídicas aportadas aos autos da ADIn no mesmo momento processual, de acordo com a Lei Federal nº 9.868/99. Ou seja, a “dificuldade” que possa ter um ministro ou uma ministra do STF para compulsar qualquer uma delas é a mesma. No entanto, é notável a diferença de relevância e dignidade que é dada às manifestações do legislativo que, como visto, no mais das vezes, restam olvidadas. Ao longo das notícias sobre os achados relevantes de pesquisa da Seção 4.1, em várias passagens, exemplificamos casos em que o relator ou outro magistrado baseou sua decisão nos argumentos do procurador-geral da República ou nas razões do advogado-geral da União, o que faz concluir que, dada a similitude dos meios pelos quais são alcançados estes fundamentos aos autos e aqueles das informações congressuais, não há nada de ontológico que justifique a desconsideração pelos arrazoados dos parlamentares.

Há, por certo, diversos casos em que as informações prestadas pelo Congresso Nacional são, ainda que dirijam-se ao mérito do tema constitucional em pauta, lacônicas ou parcamente argumentadas. Há, inclusive, diversos situações em que os próprios pareceres das CCJCs favoráveis à constitucionalidade das leis e Emendas Constitucionais são despidos de qualquer aprofundamento sobre os direitos constitucionais potencialmente afetados pelas proposições. A qualidade e extensão do conteúdo dos ofícios e dos pareceres das CCJCs não foi objeto desta pesquisa, e bem poderia ensejar iniciativas posteriores, pois, constatada essa aparente superficialidade argumentativa em parte relevante dos casos, diversas inferências poder-se-ia daí extrair. Ainda assim, não parece haver razões para a desconsideração por parte do STF, antes pelo contrário. Caso os ministros percebessem ruins ou insuficientes os argumentos legislativos pela constitucionalidade, seu papel seria, obrigatoriamente (na linha do que sustentou-se na Seção 2.4 do Capítulo 2), refutá-los, mas jamais fazer-lhes “vistas grossas”.

Para além dos ofícios de informação, também foi dito que os pareceres das CCJCs do Senado e da Câmara dos Deputados são fontes idôneas – talvez até as mais condignas – das construções hermenêuticas havidas no legislativo sobre a Constituição Federal. E alguém poderia, então, dizer que tais

documentos não são, ordinariamente, aportados aos autos das ADIn. Argumento risível, contudo. Ora, há no mínimo duas décadas o parlamento federal brasileiro disponibiliza a íntegra de todos os atos da tramitação legislativa nos sítios da internet. Diversos julgamentos mencionados na Seção 4.1 tiveram iniciativas, por parte de ministros, de busca de debates parlamentares, de anais da Constituinte, de pareceres de Comissões Temáticas do Congresso Nacional e, até mesmo, das CCJCs. Isso demonstra, a não mais poder, que o acesso a tais pareceres é franqueado a quem quer que se digne a buscá-los. Isso para não falar do poder, conferido pela lei ao relator da ADIn, de requisitar informações outras a quaisquer autoridades (§ 1º do Art. 9º da Lei nº 9.868/99). Então, não resta outra conclusão que a de não quererem, efetivamente, os ministros do STF, buscar saber o que discutiram e como decidiram os deputados e senadores quando estavam a avaliar a constitucionalidade das normas que são impugnadas, perante eles ministros, em sede de ADIn. É um ato de vontade, ainda que omissivo.

Ao olhar para a atuação do parlamento, por outro lado, os dados dão conta de fenômeno diverso. Lembrando que, aqui, foram apreciados todos os ofícios enviados pelo STF, desde a promulgação da Constituição atual, comunicando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de leis federais e Emendas Constitucionais em sede de controle concreto de constitucionalidade para os fins do Art. 52, inc. X, da CF/88. Dos 44 processos avaliados, 27 tiveram o parecer do relator apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, os demais 17 não foram, até o presente momento, votados pelo plenário da Comissão.

Destes não decididos, há parecer lançado nos autos em quatro deles (DIV 9/1994, OFS 31/1997, OFS 46/2013 e OFS 25/2015), sendo que, em dois é possível aferir a orientação do relatório: em um (OFS 25/2015) houve consideração das razões do STF e a sugestão é pela apresentação do projeto de resolução de suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais em controle concreto, sendo idêntica a proposta do outro (OFS 31/1997), mesmo nele não tendo havido postura dialógica. Aqui parece melhor desconsiderar estes dois casos, ainda que presente o parecer nos autos, porquanto o mesmo não recebeu a chancela do coletivo dos senadores e não é, portanto, posição

oficial da Casa. Nos demais 13, não existe, até a data presente, relatório apresentado à deliberação da CCJC, seja porque não há relator indicado (caso, sobretudo, dos ofícios mais recentes, de 2013 para cá), seja porque, havendo, o mesmo não devolveu seu parecer à Comissão.

Tomados os 27 casos em que houve apreciação do parecer na CCJC, em nada menos que 25 deles, ou 92,59%, houve postura dialógica dos senadores para com as razões dos ministros do STF lançadas em seus acórdãos. Em apenas dois casos não houve consideração dos senadores pelos argumentos judiciais e, ainda assim, em um deles (OFS 13/1999) porque as razões de decidir do Senado resumiram-se, de acordo com o parecer nº 1.409/2012, ao fato de já ter, preteritamente, sido aprovada a resolução do Senado nº 35/1999, de suspensão de execução dos mesmos dispositivos cogitados nele. Ou seja, neste caso, sequer se pode dizer que houve uma negativa de diálogo. Apenas, realmente, na apreciação do OFS 3/2005, que equivale a 3,7% do total dos 27 ofícios, o Senado Federal absteve-se, conscientemente, de considerar os fundamentos da decisão tomada pelo STF em seu acórdão. E, mesmo assim, a sua decisão foi por editar a resolução (nº 52/2005), suspendendo os dispositivos invalidados pelo Supremo.

Em outro balanço, vê-se que, em 16 dos 27 pareceres apreciados, ou seja, em 59,25% dos casos, a decisão foi por apresentar Projeto e aprovar, ao final, a resolução de suspensão das normas que tiveram declaração de inconstitucionalidade pelo STF. E, nos demais 11 casos, os pareceres foram pelo prejuízo e pelo arquivamento, ou porque já havia sido aprovada resolução com o mesmo teor novamente pretendido, ou porque a norma de que se queria suspender a execução já não mais existia, à época da sessão da CCJC, no ordenamento jurídico. Em suma, no único caso de que se teve notícia (OFS 6/2011) em que a CCJC contrariou o entendimento jurídico do STF, ainda assim decidiu por aprovar o projeto de resolução de suspensão (nº 63/2011), só, apenas, com âmbito mais exíguo de abrangência do que o cogitado pelo tribunal⁴⁵⁹. Na totalidade dos pareceres apreciados, o resultado final foi a prevalência da tese jurídica do STF.

⁴⁵⁹ Relembre-se trecho da fala do senador Demóstentes Torres, em defesa de seu parecer neste OFS 6/2011, na sessão de 14 de dezembro de 2011 da CCJC do Senado: “Então, Sr.

É notável, ainda, que o último ofício de comunicação que foi deliberado pela CCJC datou de 15 de março de 2011. A partir dessa data, e até 10 de junho de 2013 (pois mais de dois anos, portanto), o Senado Federal não recebeu nenhum ofício informando sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei federal ou Emenda à Constituição. Uma suposição do porquê disso poderia basear-se na inclinação dos presidentes do Supremo no período (Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa), ou mesmo da própria conturbação gerada por tantas trocas na Presidência em tão pouco tempo (o mandato do ministro Britto foi de menos de um ano, em 2012, em virtude de sua aposentadoria compulsória). Conjecturas à parte, o fato é que somente em 2013 o tribunal tornou a avisar o Senado acerca das declarações incidentais de inconstitucionalidade de normas federais e, por seu turno, desde então, a Câmara Alta nada decidiu sobre o assunto.

Ao avaliar a conduta usual dos parlamentares, o que se percebe é que, em geral, nos casos que foram à deliberação da CCJC, os debates constantes das atas são bastante exíguos no tocante aos chamados “ofícios s” (estes que comunicam da decisão de inconstitucionalidade incidental). No mais das vezes, o relator apenas anuncia o resultado de seu parecer e, não é raro, o presidente da CCJC realiza a votação em bloco, ou seja, vários ofícios juntos, sem particularizar o resultado da votação em cada um.

Aliás, cumpre mencionar que na totalidade das votações o resultado foi unânime, em nenhuma das 27 decisões tomadas houve divergência de algum parlamentar. Isso, no ambiente premido pelas mais acirradas e renhidas disputas político-ideológicas. Parece que este é um indício de que, em geral, os senadores não consideram relevante o desempenho desta função que lhes é conferida pelo Art. 52, inc. X, da Constituição. O senador Aloízio Mercadante, em caso relatado na Seção 4.2, chegou a dizer que não havia nenhuma importância política em votar os “ofícios s” e que mais premente seria deliberar sobre a doação de um imóvel da União. Foi contestado, é verdade, pelo então

Presidente, como art. 52, inciso X, permite que o Senado suspenda no todo ou em parte a lei, eu estou modulando, como o Supremo faz com as leis nossas, a decisão do Supremo Tribunal Federal para que se suspenda tão somente a expressão ‘vedada a conversão em pena restritiva de direito’, ‘vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito’, no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, mantendo todavia a expressão no art. 44, que diz respeito aos grandes traficantes.”

presidente da CCJC, senador Marco Maciel, mas esta última manifestação, dada a conduta usual dos senadores quando deliberam sobre o assunto, infelizmente parece expressar o pensamento da minoria.

Por outro lado, os relatórios constantes dos pareceres entregues à CCJC costumam ter uma considerável qualidade técnica, abordando os aspectos históricos e jurídicos de cada dispositivo legal declarado inconstitucional pelo STF. É assim que, em não poucos casos, os relatórios percebem que normas há haviam sido anteriormente suspensas em sua execução ou que leis já haviam alterado e mesmo revogado dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF, corrigindo tais problemas nas propostas apostas ao final. E, como, além dos debates constantes das atas, os pareceres apresentados também foram considerados fontes idôneas a evidenciar a postura dialógica dos congressistas, é possível ver que não se-lhes-escaparam os argumentos jurídicos sustentados pelos ministros do STF.

Diga-se, ainda, quanto às deliberações do Senado, que o mecanismo institucional do Art. 386 e ss do Regimento Interno faz, certamente, muita diferença, uma vez que obriga a que sejam trazidas aos autos do processo deliberativo diversas peças de informação sobre o mérito da decisão tomada pelo STF no controle concreto de constitucionalidade. O dispositivo é levado a sério, constando na totalidade dos pareceres no mínimo um parágrafo em que o relator afere e menciona a existência das peças essenciais nos autos. Há casos, até, como relatado na Seção 4.2, de rejeição da deliberação (OFS 51/2007) por ausência de peça essencial (no caso, de cópia do parecer do procurador-geral da República). Não existe dispositivo congênere, que exija a cópia dos pareceres e das atas das CCJCs, em lei ou no Regimento Interno do STF. Este último prevê, apenas, o fornecimento de informações por parte dos órgãos de que emanados os dispositivos questionados, sem precisar o que virá em seu conteúdo.

Ao avaliar, por fim, a postura do STF nas ADIns que tiveram como objeto leis *in your face* e Emendas Constitucionais de *override*, o cenário não foi muito diverso do que se viu nos demais julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade. Foram seis acórdãos analisados, dos quais 1 (um) foi pela improcedência, 3 (três) foram pela procedência e 2 (dois) pela

procedência em parte. Não se tratasse de um número tão reduzido de casos, poder-se-ia dizer, inclusive, que aqui, onde presumidamente a postura do STF deveria ser de maior deferência (vejam-se as citações bibliográficas constantes no Capítulo 3), o STF teve “a mão mais pesada”, mantendo intacta apenas uma em seis normas impugnadas. O “n”, contudo, é baixo e tal conclusão seria extrair mais dos números do que eles realmente contém.

O certo é que em todas as seis ADIns o Congresso Nacional prestou informações de mérito, e que em duas delas o STF considerou as razões parlamentares ao decidir. Vale aqui, também, a ressalva quanto à inferência, mas é fato que o percentual, de 33%, é maior do que o de 16,43% das demais ações diretas contra normas federais.

Quanto aos demais aspectos, não se consegue perceber nenhuma peculiaridade da atitude do STF nestas ADIns contra atos de superação legislativa de jurisprudência; não existe uma postura mais autocontida ou consideravelmente mais dialógica, mas apenas a mesma atitude perceptível no julgamento das demais ações pelo tribunal.

Por todo o visto e argumentado, é lícito afirmar que há diálogo constitucional, no Brasil, na direção judiciário-legislativo e que este último tem considerado as razões daquele; não há diálogo, pelo menos nessa particular acepção de diálogo como troca efetiva de argumentos, no sentido Congresso Nacional-Supremo Tribunal Federal, pois o tribunal, no mais das vezes, não releva as interpretações sobre a constitucionalidade tecidas pelos representantes do povo.

5. Considerações finais

Parti neste trabalho da constatação de que o ambiente democrático brasileiro está cada vez mais agudizado, sobretudo nos últimos anos, por temas políticos que acabam sendo conduzidos, por estas ou aquelas facções do pensamento social, a questões constitucionais. E, na mesma esteira, espero ter feito adequadamente a relação desta conjuntura com a preocupação legítima daqueles que enxergam nas decisões constitucionais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal um possível fator de menoscabo da democracia.

São aspectos independentes, ainda que profundamente relacionados com os resultados produzidos por uma democracia constitucional: (1) o desenho institucional que dá a palavra final (provisória) de uma rodada procedimental ao legislativo ou ao judiciário e (2) o fato de que o procedimento adotado na adjudicação constitucional seja ou não dialógico.

Quanto ao primeiro aspecto, creio ter ficado evidente a posição favorável à alocação da palavra final com o parlamento. Na linha de Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Adrian Vermeule, concebemos como valor maior da democracia a igual dignidade de cada cidadão, dignidade essa somente alcançável pela igual voz nas decisões coletivas. Negamos, portanto, qualquer viés substancialista da democracia, que poderia exigir direitos *a priori* e deferi-los aos cuidados soberanos de um tribunal de membros não-eleitos.

O valor que atribuímos ao procedimento, portanto, na tomada das decisões sociais é da maior importância, uma vez que é ele o responsável por garantir a igual dignidade das pessoas. Não obstante, enxergamos nesse procedimento um potencial agregado a essa igualdade, que é – bebendo de determinada tradição da teoria da democracia deliberativa – a produção de resultados melhores, moralmente inclusive, quando pressupõe-se à tomada de decisões majoritárias a ocorrência de debates e trocas efetivas de argumentos entre os participantes. É o potencial epistêmico da deliberação.

Aqui não se busca demonstrar, nem empírica e nem filosoficamente, que os resultados produzidos em ambientes de deliberação argumentativa são realmente melhores epistemicamente. O juízo sobre cada resultado pontual certamente poderá ser diverso se realizado à luz de cada consciência

individual. Qualquer tentativa de avaliar objetivamente, sob o ponto de vista moral, a natureza das decisões de um procedimento coletivo não poderá prescindir de um *standard* moral aceitável por todos, algo que rechaçamos solenemente neste trabalho (pelo menos quanto a um padrão que se suponha mais amplo que a só igual dignidade de cada um).

Ao contrário, a ideia subjacente é que decisões coletivas majoritárias, antecedidas de trocas reais de argumentos num debate público, produzem em geral resultados epistemicamente melhores. Ou seja, nosso *standard* de análise são exatamente os produtos decisórios, que consideramos de antemão bons, no mais das vezes, exatamente por serem o resultado da inteligência e da moral coletivas. Isso não é, tampouco, a plena identificação entre direito e moral. Poderão tais produtos estar “incorretos” sob o ponto de vista moral de indivíduos ou minorias? Por certo que sim, mas enquanto forem tomados desta forma (majoritária), tais indivíduos e minorias descontentes terão a chance de mudá-los, diferentemente do que acontece, pelo menos se tomado o curto prazo, em sistemas que alheiam determinadas decisões das maiorias políticas.

Mas, como dito, são aspectos independentes a alocação institucional da palavra final e a existência ou não de diálogo. Assim, é possível considerar sistemas hipotéticos em que a palavra final sobre o sentido da constituição é dada ao legislativo ou ao judiciário, e sistemas em que há ou não diálogo entre estes poderes sobre o conteúdo da Constituição. Geram-se quatro modelos ideais: (a) palavra final com o legislativo sem a ocorrência de diálogos; (b) palavra final com o judiciário sem a ocorrência de diálogos; (c) palavra final com o legislativo com a ocorrência de diálogos; e (d) palavra final com o judiciário com a ocorrência de diálogos.

Os quatro modelos existem, em alguma medida, no mundo real. A diferença entre a palavra final com o legislativo e com o judiciário é vista na distinção entre os modelos de *weak judicial review* e *strong judicial review*, em ambos existindo a participação do tribunal na interpretação da Constituição, mas havendo na *weak-form* um mecanismo à disposição do parlamento para suplantar a posição dos juízes. A maneira como se dará a interação entre os poderes, tanto em uns quanto noutros modelos adjudicatórios, caracterizará a ocorrência ou não diálogos. Se os argumentos do primeiro forem considerados

pelo segundo, haverá diálogos. Se o segundo operar apenas em afirmação de sua autoridade sem levar em conta as razões efetivamente empregadas pelo primeiro para interpretar a Constituição da forma que interpretou, então a lógica será meramente adversarial (ou deferente) e não se poderá falar em diálogo.

Quando dizemos que alocação da palavra final e ocorrência diálogo são variáveis independentes, temos duas posições diferentes a defender, uma em cada aspecto. Como visto, defendemos a palavra final no parlamento. Quanto ao diálogo, sustentamos a importância de sua ocorrência para a ativação do potencial epistêmico das decisões que serão conferidas em cada caso. Ainda assim, os que discordem da existência desse potencial epistêmico, e até mesmo os defensores da democracia substantiva e seguidores de Dworkin, terão dificuldade em negar a relevância da consideração mútua de argumentos entre os poderes na adjudicação constitucional. Teriam de desempenhar a penosa tarefa de dizer algo como: “– *Sou contrário a que o STF tome conhecimento e discuta os arrazoados elaborados pelos deputados e senadores em seus debates nas Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania.*” Ou: “– *Não devemos perder tempo com o que pensam os representantes do povo.*”

Segundo foi dito, a consideração dos fundamentos da interpretação constitucional do legislativo, expressas nos pareceres e debates das CCJCs e nos ofícios de informações prestados ao STF no bojo dos processos de ação direta de inconstitucionalidade (no caso brasileiro), promove o diálogo e tem potencial de produzir decisões melhores ao final. Além disso, opera para democratizar estas decisões. Democratização aqui, não quer dizer que a decisão tomada por um tribunal que tenha a palavra final seja mais democrática à tomada pelo legislativo num sistema em que fosse diversa a alocação da última manifestação decisória, mas sim que será mais democrática, num contexto em que o tribunal a detém, quando dialogue com as razões interpretativas do parlamento do que quando não o faça. Em outras palavras, é mais democrático que o STF considere os argumentos do Congresso Nacional do que não o faça, ainda que possamos defender normativamente a alocação da palavra final no legislativo. Democracia é um conceito que se estende num *continuum*.

Claro está que decisões tomadas em postura dialógica são epistêmica e democraticamente melhores – sendo, estas, outras duas dimensões que se conectam, mas não se confundem. O liame delas advém da constatação de que o potencial epistêmico, tal como concebido, opera-se exatamente pela exposição das decisões a mais vozes e argumentos racionais. E a democratização, a seu turno, opera trazendo para a decisão constitucional não apenas uma opinião mais, mas aquela que foi albergada pelos representantes do povo.

A grande faceta presente em todo este raciocínio resulta, além de uma defesa normativa legítima de mudança na alocação da palavra final (que provavelmente seria combatida duramente pela maioria dos juristas e, alfim, pelo STF sob o manto da sacra separação e independência dos poderes), também numa pugnação pela obrigação de que os ministros do Supremo Tribunal Federal considerem os argumentos dos parlamentares quando forem julgar a inconstitucionalidade de qualquer lei ou Emenda à Constituição⁴⁶⁰ (esta última, em verdade, sequer deveria poder ser julgada pelo tribunal, pois não há para isso previsão na Constituição^{461 - 462}). Espero, inclusive, ter exposto

⁴⁶⁰ Lembremos que a ação direta de inconstitucionalidade prevista na alínea “a” do inc. I do Art. 102 da CF/88 prevê como hipóteses a invalidação de lei ou ato normativo federal ou estadual, não inclui a emenda constitucional.

⁴⁶¹ A deferência da corte às emendas constitucionais é um pressuposto, até mesmo, das teorias substantivistas da argumentação, o que deveria nos fazer um pouco mais cuidadosos com a importação de seus postulados acriticamente a um ambiente como o brasileiro em que mesmo a expressão do constituinte derivado pode redundar em invalidação judicial. Veja-se, por exemplo, Rawls (1997:110-112), que entende aceitável à democracia a defesa da constituição pela corte quando apegada à vontade do constituinte derivado: “[t]he court is not antimajoritarian with respect to higher law when its decisions reasonably accord with the constitution itself **and with its amendments** and politically mandated interpretations. [...] The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is. **A particular understanding of the constitution may be mandated to the Court by amendments, or by a wide and continuing political majority, as it was in the case of the New Deal.**” [Grifo nosso]. Na sequência do texto, é bom dizer, Rawls defende a possibilidade (nunca ocorrida) de a Suprema Corte norte-americana invalidar emendas constitucionais aberrantes (que suprimissem, por exemplo, a primeira emenda). Bruce Ackerman (1999:320-321) entende que a possibilidade de declaração de invalidade de uma emenda constitucional que suprimisse direitos exigiria, a exemplo do que fez a Alemanha pós-nazista, que a Constituição norte-americana previsse expressamente um rol de direitos inalteráveis (cláusulas pétreas).

⁴⁶² “Formal flexibility of the constitution has an intuitive relationship with endurance. Our finding that formal flexibility is helpful for constitutional survival, however, seems to cut against the basic assumption that constitutions work through entrenching certain policies beyond the sphere of ordinary politics. When combined with our result on specificity, we come to the counter-intuitive conclusion that constitutions work best when they are most like ordinary statutes: relatively detailed and easy to modify.” (GINSBURG, 2008:52). Seria um bom

argumentos consistentes acerca da já existência de obrigação jurídica à consideração destes argumentos, à vista do dever de fundamentação das decisões judiciais e do direito à consideração de todas as teses jurídicas presentes nos autos advindo do Novo Código de Processo Civil.

Alguém poderá objetar que considerar razões parlamentares, no mundo real, em que Eduardo Cunha é presidente da Câmara dos Deputados e outras tantas agruras mais estão presentes, é uma enorme perda de tempo. Poderá dizer que, em geral, os argumentos sobre direitos constitucionais presentes nos debates parlamentares são exíguos, superficiais e indignos de respeitabilidade.

Bateup (2006:1178), por exemplo, afirmou que:

[...] while recognizing that legislatures are motivated and competent to engage in constitutional interpretation, the reality of the legislative process means that legislators may not always have sufficient time to devote to complete constitutional exegesis on every issue.

Provavelmente é verdade que os parlamentares brasileiros debatam pouco e mal sobre o sentido da Constituição quando estão a legislar, ainda que a questão merecesse uma análise empírica que desconheço já ter sido empreendida. Mas, ainda que o seja, um provável motivo é que este debate importa pouco para eles – e falta de tempo não é o único problema. A uma porque não é deles a decisão final sobre o sentido da Constituição; a duas, porque as razões e argumentos que proferirem na interpretação da Carta sequer servirão, como demonstrado em toda a nossa análise empírica, para exigir dos ministros do STF algum esforço de consideração, mesmo que fosse para refutá-los. Os legisladores brasileiros só precisam interpretar a Constituição, no ambiente de desconsideração judicial de suas exegeses constitucionais, para tentar antever como o Supremo decidirá a ação contra a legislação a ser aprovada quando a mesma for intentada. É bem pouco para aqueles que sustentam sobre os ombros a representação política da população brasileira.

presságio ao caso brasileiro, apesar das críticas que nós mesmos estamos acostumados a fazer ao que nos parece excesso de emendas constitucionais.

A posição defendida aqui sobre a importância da troca de razões e argumentos de exegese constitucional tem poucos “riscos” ao sistema atual. Afora a pouco republicana objeção sobre a “perda de tempo” que significaria, a assunção, pelos ministros do STF, de uma postura dialógica poderia conduzir à melhoria dos próprios debates e deliberações parlamentares. A paulatina substituição de uma lógica adversarial por outra, de respeitabilidade pela opinião e construção argumentativa do outro poder, poderia reduzir substancialmente a recente atmosfera de enfrentamentos observada no Brasil entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Como espero ter conseguido evidenciar nos resultados da pesquisa empírica, não há nada de impossível em fazê-lo. Foram uma minoria, mas nem por isso irrelevante (23 acórdãos ou 16,43% do total), os casos em que o STF debruçou-se a apontar e discutir as posições do legislativo sobre a interpretação constitucional. E, se é possível fazer e isso não compromete em nada os resultados dos julgamentos – demonstramos, também, que não há diferenças significativas de orientação nas ADIns em que há ou não diálogo constitucional – então, considerada a obrigação jurídica de fazê-lo e as prováveis consequências de melhorar epistemicamente as decisões e de democratizá-las, parece haver pouco a justificar a atual postura do Supremo Tribunal Federal de não dialogar. Isso é mais verdade ainda quando vemos, como vimos, que o Congresso Nacional sistematicamente dialoga com os argumentos do STF quando está a exercer a competência do Art. 52, inc. X, da CF/88.

Nossas conclusões pela quase ausência de diálogos constitucionais na via legislativo-judiciário parecem favorecer a hipótese de Waldron de que os diálogos são menos prováveis em sistemas de *strong judicial review*, como o brasileiro, do que naqueles em que o legislativo possa confrontar as decisões do tribunal:

One upshot of my discussion is a strong suspicion that there is an important asymmetry between systems of judicial supremacy and systems of legislative supremacy. Partly because systems of judicial supremacy are associated with a strong culture of self-righteousness on the part of the judiciary and its academic supporters, there tends to be much less in the way of genuine dialogue than in constitutional systems where

there is legislative supremacy (of one kind or another). Legislative supremacy is very seldom accompanied by a sense, among legislators, that they have nothing to learn from any other branch of government; and in cases where the legislature remains sovereign, but the judiciary is given a role, the judges are more likely to be listened to by the legislature than the legislators are likely to be listened to in a system that gives the judges final say.

I *suspect* this is the case; [...] I think that in general people would be wise not to adduce the prospect of dialogue as an argument in favour of strong judicial review. Strong judicial review tends to close dialogue down. What we want is a system in which courts can have their say on constitutional issues; when they do, legislatures will normally listen to them, even if they do not automatically defer, on account of the prestige already associated with judicial office. But courts and their defenders are so strongly in the grip of a mythology about legislative deliberation and legislators views on rights, that they are unlikely to return the favour; they are especially unlikely to do so when they know they can prevail in the constitutional system without having to listen, and without having to defer. (WALDRON, 2004:47).

Há ministros falando de diálogos (vimos detidamente os casos dos ministros Barroso e Fux, que não são exclusivos). Mas essa aparente deferência com o parlamento não pode confundir-se com mero equilíbrio de poder, deve ir além de considerar diálogo como uma postura autocontida do tribunal ou com a atuação do STF na condição orientador das prioridades e limites do debate legislativo⁴⁶³. Parece faltar ao STF a percepção de que diálogo é troca de argumentos, nem mais, nem menos.

Talvez favorecêssemos o diálogo constitucional com reflexões e mudanças sobre a própria natureza na separação dos poderes⁴⁶⁴, em raciocínio bem desenvolvido por Mendes (2009:245):

⁴⁶³ No ponto, nos parece correta a afirmação do ministro Luiz Fux: “[...] parece-me que esta Suprema Corte não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das formas expressamente exigidas pela Constituição Federal. No que excede os limites constitucionais, há que se reconhecer uma espécie de deferência à atuação do Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no processo político, dotadas de um valor intrínseco pelo batismo democrático também no que concerne à interpretação da Constituição. É tênue, com efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, caput), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais.” (Trecho do voto na ADIn 4357).

⁴⁶⁴ Por certo, concordamos com Virgílio Afonso da Silva (2009:202) quando diz que: “[...] decidir sobre que tipo de controle [de constitucionalidade] se deseja é uma questão prática (e política) e não lógica [a alusão à suposta lógica que haveria no deferimento do controle de

It should probably start by de-constructing an apparent oxymoron: separation of powers has usually been conceived as a means of avoiding tyranny and of checking and balancing countervailing forces, not as a device for allowing different expertises to cooperate and to reach, together, a sound collective decision. This classical liberal machinery seems at odds with the ideals of deliberation and of open reasoning. It would discipline a confrontation of naked power rather than rationally refining justificatory practices. Powers, as the objection goes, do not deliberate. They clash and compete. Empirical evidences, though, show that this warlike zero-sum game is not always the case and a new normative story is still to be told.

Na mesma linha vai Gargarella (2014:136):

El sistema de frenos y contrapesos creado en el siglo XVIII, en cualquiera de sus dos versiones principales (ya sea en la más “pura” de los Estados Unidos o en la “desbalanceada” de América Latina) fue poco favorable a la cooperación política y el diálogo. Es más, lejos de alentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; antes que promover el diálogo, procuraba canalizar la agresión, y en lugar de favorecer la ayuda y el aprendizaje mutuos, trataba de impedir la destrucción entre unos y otros.

Sentenciando, ao final (2014:152):

[...] considero que quienes pretendan promover un diálogo democrático entre las distintas ramas del poder, y entre ellas y la sociedad en su conjunto, deberían pensar en reformar al sistema de los *checks and balances* antes que seguir insistiendo en ese caminho para consolidar un modelo de diálogo constitucinal.

Penso que são altamente instigantes as provocações de Mendes e Gargarella⁴⁶⁵. Tomadas elas por base, mesmo a nossa defesa de uma

constitucionalidade ao judiciário é de Nino (1997), que desmistifica a lógica que haveria no pensamento de Kelsen sobre o tribunal constitucional e de Marshall, em *Marbury vs. Madison*, o que implica dizer que uma eventual escolha por um determinado tipo de controle de constitucionalidade deve ser feita e justificada dentro de um debate sobre desenho institucional e não a partir de um pretensão raciocínio jurídico-formal. Esse debate e essa conclusão são [...] importantes porque liberam o jurista para refletir sobre o controle de constitucionalidade, já que desmistificam a questão ‘lógica’ do juiz como necessário detentor exclusivo da palavra final. Com isso, é possível fomentar o debate institucional [...].”

⁴⁶⁵ E também Bateup (2006:1179): “*With these institutionally distinct roles in mind [the roles of legislative and judicial branches], further research should be undertaken in order to understand how best to design or structure institutions in order to foster institutional dialogue grounded in*

consideração dos argumentos de interpretação constitucional do legislativo por parte do judiciário, mantido o desenho agonístico da separação dos poderes, não seria tão favorecedora dos diálogos e de uma construção frutífera de sentidos quanto um novo ambiente em que a própria separação de poderes fosse suplantada por uma coordenação de funções em prol do bem comum. Ainda que aceite-se este ideal como válido e até mesmo reivindicável, acredito que, até em comparação, a postulação normativamente defendida neste trabalho evidencia-se mais modesta e viável, no curto prazo e com os limites e vicissitudes do nosso sistema jurídico.

these differing contributions. In many national settings, including the United States, this could be achieved by modifying the rules through which the operations of the judiciary and the political branches are arranged. In other countries, this might also involve aspects of constitutional design to broaden the avenues through which the judiciary and the political branches listen to and learn from each other's unique perspectives."

Bibliografia

LIVROS

ACKERMAN, Bruce. (1999). *We The People: Foundations*. 6ª imp. Cambridge: Harvard University Press.

_____. (1998). *We The People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press.

ALLAN, James. (2014). *Democracy in Decline: Steps in the Wrong Direction*. Montreal/Kingston/London/Ithaca: McGill-Queen's University Press.

ALLAN, Trevor. (2001). *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.

ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. (Coord.). (2013). *Constitucionalismo Popular em Latinoamérica*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

AMAR, Vikram David; TUSHNET, Mark V. (Eds.) (2009). *Global Perspectives on Constitutional Law*. New York/Oxford: Oxford University Press.

BARROSO, Luís Roberto. (2009). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva.

_____. (2014). *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum.

BACHOF, Otto. (2009). *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* São Paulo: Almedina.

BALKIN, Jack M. (2011). *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University Press.

BARAK, Aharon. (2008). *Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press.

BARZOTTO, Luis Fernando. (2003). *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Ed. Unisinos.

BEERBOHM, Eric. (2012). *In Our Name: the Ethics of Democracy*. Princeton: Princeton University Press.

BELLAMY, Richard. (2008). *Citizenship: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

_____. (2010). *Constitucionalismo Político: Una defensa republicana de constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.

BEN-PORATH, Sigal R.; SMITH, Rogers M. (Eds.). (2012). *Democracy, Citizenship, and Constitutionalism: Varieties of Sovereignty and Citizenship*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

BICKEL, Alexander. (1975). *The Morality of Consent*. New Haven: Yale University Press.

_____. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.

BINENBOJM, Gustavo. (2014). *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

BOBBIO, Norberto. (2000). *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus.

BOHMAN, James; REHG, William. (Eds.). (1997). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge/London: MIT Press.

BRANDÃO, Rodrigo. (2012). *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CALABRESI, Steven G.; SCALIA, Antonin. (2007). *Originalism: The Quarter-Century of Debate*. Washington: Regnery.

CAMPBELL, Tom D.; GOLDSWORTHY, Jeffrey; STONE, Adrienne. (2013). *Protecting Rights Without a Bill of Rights: Institutional Performance and Reform in Australia*. Aldershot: Ashgate.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. (2014). *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense.

CARREÓN TRUJILLO, Celia; SAUCEDO, Isidro. (Eds.). (2000). *Hacia una nueva constitucionalidad*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.

CATTONI, Marcelo. (2006). *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos.

COMELLA, Víctor Ferreres. (2009). *Constitutional Courts and Democratic Values: a european perspective*. New Haven/London: Yale University Press.

DAHL, Robert. (2005). *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Edusp.

EDLIN, Douglas E. (2008). *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

ELSTER, Jon. (1998). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

ELY, John Hart. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory os Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.

EPSTEIN, Richard A. (2014). *Classical Liberal Constitution: The Uncertain Quest for Limited Government*. Cambridge: Harvard Univesity Press.

ESTLUND, David. (2011). *La autoridad democrática: Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

FAVOREU, Louis. (2004). *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy.

FIELD, Matthew O. (2013). *Law and Society: Congress, the Constitution, and Divided Government*. El Paso: LFB Scholarly Publishing.

FISHER, Louis. (1988). *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press.

FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter. (Eds.). (2003). *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Blackwell.

FRIEDMAN, Barry. (2009). *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux.

GARGARELLA, Roberto. (Coord.). (2010). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia. 2ª Reimp. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

_____. (Coord.). (2011). *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

_____. (Comp.). (2014). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis Frank. (2004). *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press.

GREENE, Abner S. (2012). *Against Obligation: The Multiple Sources of Authority in a Liberal Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.

GREPPI, Andrea. (2012). *La Democracia y su Contrario: representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Editorial Trotta.

HÄBERLE, Peter. (1997). *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

_____. (2007). *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar.

HIEBERT, J.L. (2002). *Charter Conflicts: What Is Parliament's Role?* Montreal: McGill-Queen's University Press.

JARON, Anna (Ed.). (2012). *Socio-Economic Constitutional Rights in Democratisation Processes: An Account of the Constitutional Dialogue Theory*. Lex et Res Publica, Volume 1. Frankfurt am Main: Peter Lang.

KAHANE, David. *et al.* (Eds.) (2010). *Deliberative Democracy in Practice*. Vancouver/Toronto: UBC Press.

KAVANAGH, Aileen. (2009). *Constitutional Review under the UK Human Rights Act (Law in Context)*. Cambridge: Cambridge University Press.

KELLY, James B.; MANFREDI, Christopher P. (Eds.). (2009). *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Vancouver/Toronto: UBC Press.

KELSEN, Hans. (2003). *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes.

KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (Eds.) (1999). *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*. Basigstoke: Palgrave Macmillan.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. (1994). *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

KLOPPENBERG, Lisa A. (2001). *Playing It Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases & Stunts the Development of Law*. New York: New York University Press.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. (2011). *Priority of Democracy: Political Consequences of Pragmatism*. Princeton: Princeton University Press.

KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). (2004). *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gedisa.

KOZLOWSKI, Mark R.; LEWIS, Anthony. (2003). *Myth of the Imperial Judiciary: Why the Right Is Wrong about the Courts*. New York: New York University Press.

KRAMER, Larry D. (2011). *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.

LUHMANN, Niklas. (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

LOCKE, John. (2005). *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. (2013). *Originalism and the Good Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.

MCLAUHLAN, Judithanne Scourfield. (2005). *Congressional Participation as 'Amicus Curiae' Before the U. S. Supreme Court*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC.

MILL, John Stuart. (1965). *De La Libertad * Gobierno Representativo * La Esclavitud Femenina*. Madri: Editorial Tecnos S.A.

MILLER, Mark C. (2009). *The View of the Courts from the Hill: Interactions Between Congress and the Federal Judiciary*. Charlottesville/London: University of Virginia Press.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. (1973). *Do Espírito das Leis*. Série Os Pensadores, Vol. XXI. São Paulo: Abril Cultural.

MORLINO, Leonardo; PALOMBELLA, Gianluigi (Eds.). (2010). *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and External Issues*. Leiden/Boston: Brill.

NEVES, Marcelo. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes.

NINO, Carlos Santiago. (1997). *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

PINTO, Juan Montaña. (Ed.). (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: control constitucional y otras competências de la Corte Constitucional*, t. 3. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. (Cuadernos de Trabajo, 3).

POGREBINSCHI, Thamy. (2011): *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. São Paulo: Campus/Elsevier.

POSNER, Richard A. (2013). *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. (2013). *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

RAWLS, John. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

ROBINSON, David. (2010). *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). (2005). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (2014). *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SARMENTO, Daniel. (2009). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SILVA, Cecília de Almeida. *et al.* (2010). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (2006). *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Renovar.

SUNSTEIN, Cass R. (1999). *One Case At a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

_____. (2001). *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M. (2006). *Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press.

SWEET, Martin J. (2010). *Merely Judgment: Ignoring, Evading, and Trumping the Supreme Court*. Charlottesville/London: University of Virginia Press.

TAMANAHAN, Brian Z. (2010). *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Princeton: Princeton University Press.

TRUJILLO, Celia Carreón; SAUCEDO, Isidro (2010). *Hacia una nueva constitucionalidad*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

TULIS, Jeffrey K.; MACEDO, Stephen. (2010). *Limits of Constitutional Democracy*. Princeton: Princeton University Press.

TUSHNET, Mark. (1999). *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press.

_____. (2004). *New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press.

_____. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press.

UITZ, Renáta. (2005). *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*. Budapest: Central European University Press.

URBINATI, Nadia. (2008). *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago: University of Chicago Press.

UROFSKY, Melvin I. (2015) *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*. New York: Pantheon.

VALADÉS, Diego. (2002). *Constitución y democracia*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (2009). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá.

VERMEULE, Adrian. (2009). *Law and The Limits of Reason*. New York: Oxford University Press.

WALDRON, Jeremy. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.

_____. (2005). *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

YAP, Po Jen. (2015). *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*. Oxford: Oxford University Press.

YACKLE, Larry. (2008). *Regulatory Rights: Supreme Court Activism, the Public Interest, and the Making of Constitutional Law*. Chicago: University of Chicago Press.

XIMENES, Julia Maurmann. (Org.). (2014). *Judicialização da Política e Democracia*. Brasília, IDP.

ZURN, Christopher F. (2007). *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge University Press.

ARTIGOS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. (2014). *A dificuldade contramajoritária - versões tradicional e literal*. 2014. Anais do XXIII Encontro do CONPEDI, págs. 80-94. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c626882a>.

ALEXANDER, Larry. (2006). *What is the Problem of Judicial Review?* 31 Austl. J. Leg. Phil. 1 2006.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederic. (1997). *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*. 110 Harv. L. Rev 1359 1996-1997.

ALEXY, Robert. (1999). *The Special Case Thesis*. Ratio Juris, Vol. 12, n. 4, 374-384.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. (2013). *Jurisprudência sobre perda de mandato tem de ser clara*. Observatório Constitucional, 30/11/2013, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-30/observatorio-constitucional-jurisprudencia-perda-mandato-clara>

Araújo, Luis Cláudio Martins de. (2014). *Supremacia ou Diálogos Judiciais? O Desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional Verdadeiramente Democrática a Partir da Leitura Institucional*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro , v. 1, p. 1-46, 2014.

ATIENZA, Manuel. (2013). *Justicia Constitucional y Escepticismo Moral*. Sufragio. Revista Especializada En Derecho Electoral. Descripción: 3ra. Época, Vol. 1, No. 11, Junio-Noviembre, 2013. Lugar De Edición: Guadalajara, Jal., Mexico. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art3.pdf>.

_____. (2014). *Ni Positivismo Jurídico ni Neoconstitucionalismo: Una Defensa Del Constitucionalismo Postpositivista*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 15 (Diciembre de 2014), págs. 1-29.

BARBER, N. W. (2010). *Two Meditation on the Thoughts of Many Minds*. Texas Law Review. 88, 4, 807-832, Mar. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. (2010). *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. Interesse Público - IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan. / fev. 2010.

_____. (2015). *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, Volume 5, Número Especial, 2015. ISSN 2236-1677.

BASSOK, Or. (2012). *The Two Countermajoritarian Difficulties*. In: 1 Saint Louis University Public Law Review. Vol. XXXI, 333-382.

_____. (2014). *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*. 16 U. Pa. J. Const. L., 153-198.

BATEUP, Christine. (2006). *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. 71 Brooklyn Law Review 1109-1180 - 2005-2006.

_____. (2009). *Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights*. 32 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 529 2009.

BEDNAR, Jenna. (2009). *The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda*. 78 Geo. Wash. L. Rev. 1178 (2009-2010) [13 pages, 1178 to 1190].

BELLAMY, Richard. (2011). *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*. I-Con, Vol. 9, pp. 86-111, 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1754941>.

_____. (2013). *Democracy as Public Law: The Case of Constitutional Rights*. 14 German L.J. 1017. [22 pages, 1017 to 1038].

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. (2013). *Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33-2011*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. (2009). *Duzentos anos de jurisdição constitucional. As lições de Marbury v. Madison*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BISPO, Nikolay Henrique. (2014). *O STF e os Atos Interna Corporis*. In: Anais do XXIII Encontro Nacional do Conpedi. (Org.), p. 473-496, disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=23b3ec0c082bcc9d>.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. (2011). *Problemas Constitucionais no Constitucionalismo Contemporâneo*. Direitos Fundamentais & Justiça - Ano 5, Nº 17, p. 288-309, Out./Dez. 2011.

BOLONHA, Carlos; FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. (2013). *A Supremacia Judicial em sua Essência: para além do casuísmo teórico*. Seqüência (Florianópolis), n. 66, p. 261-282, jul. 2013.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. (2002). *Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf

BUTLER, Petra. (2004). *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*. Victoria Univesity of Wellington Law Review 35:341-66.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. (2014). *As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 6(2):218-227, julho-setembro 2014.

CARVALHO, Flávia Martins de.; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de.; (2009). *As Teorias Dialógicas e a Democracia Deliberativa diante da Representação Argumentativa do Supremo Tribunal Federal*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 81-92, outubro/2009.

CARVALHO FILHO, José S. (2014). *Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil*. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org.) *Judicialização da política e democracia*. Brasília: IDP, 2014, 183 p.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. (2014). *Cortes não têm papel central no sistema político-constitucional*. Revista Consultor Jurídico, 21 de julho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jul-21/jose-nunes-cortes-nao-papel-central-sistema-constitucional>, acesso em 16/01/2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. (2015). *Diálogos Institucionais: Estrutura e Legitimidade*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 7/2015, p. 395 – 421, Ago/2015, DTR\2015\10978.

COHEN, Joshua. (1989). *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*. Oxford: Blackwell, pp. 17-34.

COHN, Margit. (2009). *Everything Flows: Mark Tushnet's Rights Revolution and the Impact of Constitutional Dialogue*. 42 Isr. L. Rev. 472 [11 pages, 472 to 482].

CORBO, Wallace. (2014). *Reflexões Acerca da Função Contramajoritária do STF na Proteção de Direitos de Minorias*. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro | vol. 5/2014 | p. 181 - 212 | Mai - Jun/2014.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. (2006). *Constituição, Governo e Democracia no Brasil*. RBCS Vol. 21 nº. 61 junho/2006.

CROOK, John. (2013). *Carolene Products Redux: An Argument for Judicial Review of Legislation, Against the Future Prejudice of Discrete and Insular Minorities*. 2 UCLJLJ 303 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (2009). *Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: O procedimentalismo*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DAHL, Robert. (1957). *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. In: Journal of Public Law, v. 6 (2), *Role of Supreme Court Symposium*, n. 1, 279-295.

_____. (1989). *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press.

DA ROS, Luciano. (2015). *O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. Newsletter. Observatório de Elites Políticas e Sociais do Brasil. v. 2, n.9. julho de 2015.

DEBELJAK, Julie. (2007). *Parliamentary Sovereignty and Dialogue Under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Drawing the Line between Judicial Interpretation and Judicial Law-Making*. Monash University Law Review, Vol. 33, No. 1, 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1344839>.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. (2011). *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Orgs). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

DIXON, Rosalind. (2009). *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, Working Paper No. 284.

_____. (2012). *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*. Oxford Journal of Legal Studies, 2012, Vol. 32(3), pp.487-506.

DOR, Gal. (2000). *Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective*. Indiana International & Comparative Law Review, Vol. 11, Issue 1 (2000), pp. 1-36.

ELSTER, Jon. (1997). *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory*. In: BOHMAN, James; REHG, William. (ed.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press.

ESTLUND, David. (2000). *Jeremy Waldron on Law and Disagreement*. Philosophical Studies, 99, pp. 111–128.

ETCHEVERRY, Juan B. (2015). *Discrecionalidad Judicial*. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1389-1418 Disponible em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796>.

EVANS, Carolyn; EVANS, Simon. (2006). *Evaluating the Human Rights Performance of Legislatures*. 6 Hum. Rts. L. Rev. 545 2006.

FALLON, Richard H. (2008). *The Core Of An Uneasy Case For Judicial*. 121 Harv. L. Rev. 1693 (2008).

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. (2002). *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Toward an Institutional Theory of Constitutional Justice*, in SADURSKI, Wojciech (ed.). *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2002: 21-35.

_____. (2004). *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*. Texas Law Review Vol. 82: 1671-1704.

_____. (2014). *The Countermajoritarian Opportunity*. 13 U. Pa. J. Const. L. 353-395. Disponible em <http://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol13/iss2/6>

FIGUEIREDO, Rubens; CERVELLINI, Sílvia. (1995). *Contribuições para o conceito de opinião pública*. Opinião Pública, Campinas, vol. III, nº 3, Dezembro, 1995, p.171-185.

Fraser, Catherine A. (2004). *Constitutional Dialogues Between Courts and Legislatures: Can We Talk?* Constitutional Forum, Vol 14, No 2 & 3 (2005). Disponível em https://ejournals.library.ualberta.ca/index.php/constitutional_forum/article/view/1121/8541.

FREEMAN, Samuel. (1991). *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. Law and Philosophy, Vol. 9, n. 4, (1990-1991), 327-370.

FRIEDMAN, Barry. (1993). *Dialogue and Judicial Review*. Michigan Law Review, V. 91, 577-682.

_____. (2001). *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*. 95 Nw. U. L. Rev. 933 (2000-2001) [22 pages, 933 to 954].

_____. (2005). *The Politics of Judicial Review*. Texas Law Review, Vol. 84, n. 2.

GARGARELLA, Roberto. (2005). *El constitucionalismo según John Rawls*. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 7, núm. 14, segundo semestre, 2005, p. 0. Universidad de Sevilla. Sevilla, España.

_____. (2014). *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. In.: GARGARELLA, Roberto. (Comp.). *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

GINSBURG, Tom. (2008). *The Lifespan of Written Constitutions*. Law and Economics Workshop. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/6jw9d0mf>, acesso em 14/10/2015.

GODOY, Miguel Gualano de. (2011). *A Democracia Deliberativa como Guia para a Tomada de Decisões Legítimas. Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo*. Revista Co-herencia Vol. 8, No 14 Enero - Junio 2011, pp. 63-91. Medellín, Colombia (ISSN 1794-5887).

GOLDSWORTHY, Jeffrey. (2003). *Judicial Review, Legislative Override, and Democracy*. 38 Wake Forest L. Rev. 451 2003.

_____. (2010). *Structural Judicial Review and the Objection From Democracy*. 60 U. Toronto L.J. 137 2010.

GRANT, James. (2015). *The Scales of Authority*. The American Journal of Jurisprudence, Vol. 60, No. 1 (2015), pp. 79-104.

GRIMM, Dieter. (2006). *Jurisdição constitucional e democracia*. In: Revista de Direito do Estado, n.4. Rio de Janeiro: Renovar.

HAREL, Alon; SHINAR Adam. (2012). *Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review*. I CON (2012), Vol. 10 No. 4, 950-975.

HIEBERT, Janet L. (2000). *Enriching constitutional dialogue: Viewing Parliament's Role as Both Proactive and Reactive*. Canada. Strategic issues series (Online), rp02-7e. Department of Justice. Research and Statistics Division. Disponível em <http://publications.gc.ca/collections/Collection/J3-4-02-7E.pdf>

_____. (2004). *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?* 82 Tex. L. Rev. 1963 2003-2004.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. (1997). *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Osgoode Hall Law Journal. Vol. 35, n. 1, 75-124.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.; WRIGHT, Wade. (2007). *Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Mataphors*. Osgoode Law Journal. Vol. 45, n. 1, 1-66.

HOLMES, Stephen. (1999). *El Precompromiso y La Paradoja de La Democracia*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

INTROCASO, Luiz Garibaldi. (2014). *Elementos de Diálogo Institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal*. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org.) *Judicialização da política e democracia*. Brasília: IDP, 2014, 183 p.

JOWELL, Jeffrey. (2006). *Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis*. [2006] Public Law 562, 579.

KAVANAGH, Aileen. (2003). *Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron*. 22(5) Law and Philosophy, 451-486.

_____. (2010). *Judicial Restraint In The Pursuit of Justice*. 60 U. Toronto L.J. 23 2010.

KLOPPENBERG, Lisa A. (2005). *Telling a Constitutional Story - Examples of Constitutional Dialogue*. 49 St. Louis U. L.J. 685 2004-2005.

KRAEMER, Larry D. (2004). *Popular Constitutionalism, circa*. California Law Review, 92: 959.

KUO, Ming-Sung. (2013). *Discovering Sovereignty in Dialogue: Is Judicial Dialogue the Answer to Constitutional Conflict in the Pluralist Legal Landscape*. 26 Can. J. L. & Jurisprudence 341 2013.

LAW, David S. (2015). *Judicial Comparativism And Judicial Diplomacy*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 163, March 2015, No. 4, 927-1036.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. (2011). *Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Henning (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos. Algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LEAL, Fernando A. R.; ARGÜELHES, D. W. (2014). *O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. (Orgs.). *Tratado de Direito Constitucional - Constituição no século XXI*. V. 2. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, p. 400-429.

LENTA, Patrick. (2004). *Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review*. 20 S. Afr. J. on Hum. Rts. 1. [31 pages, 1 to 31].

LIMA, Jairo Néia. (2014). *Controle de Constitucionalidade Dialógico: uma leitura da crítica do judicial review a partir de Jeremy Waldron*. Revista de

LINARES, Sebastián. (2008a). *Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 28 (abril 2008), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], pp. 149-185.

_____. (2008b) *El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas*. Revista Mexicana de Sociología 70, núm. 3 (julio-septiembre, 2008): 487-539.

LORENZETTI, Ricardo. (2014). *Las audiências públicas y la Corte Suprema*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por uma justiça dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

LORES, Adriana Murguía. (2014). *Epistemología Social y Democracia Deliberativa*. Acta Sociológica Núm. 63, Enero-Abril de 2014, pp. 99-121.

MAIA, Cristiano Soares Barroso. (2013). *A Sentença Aditiva e o Supremo Tribunal Federal: Entre o Estado de Direito e Soberania Popular*. Dissertação de Mestrado em Direito. UnB.

MARINHO, Luciano. (2007). *Amicus curiae - instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 16, dez. 2007, p. 49-56.

MANFREDI, Christopher; KELLY, James. (1999). *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*. Osgoode Hall Law Journal, Vol. 37, n. 3, 513-528.

MARGRAF, Alencar Frederico. (2015). *Teoria do Diálogo e Separação dos Poderes*. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 92/2015 | p. 15 - 44 | Jul - Set / 2015 DTR\2015\12686.

MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecília Caballero. (2012). *Reforma Política e Diálogos Institucionais: Novas Possibilidades de Superação da Judicialização da Política no Brasil*. Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Uberlândia – MG nos dias 06, 07, 08 e 09 de junho de 2012.

_____; _____. (2013). *A Desconstrução Semântica da Supremacia Judicial e a Necessária Afirmação do Judicial Review: uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino*. Seqüência (Florianópolis), n. 66, p. 113-136, jul. 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira Martins; FERRI, Caroline. (2006). *O Problema da Discricionariedade em Face da Decisão Judicial com Base em Princípios: A Contribuição de Ronald Dworkin*. NEJ - Vol. 11 - n. 2 - p. 265-289 / jul-dez 2006.

MATHEN, Carissima. (2007). *Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on "Charter Dialogue Revisited"*. Volume 45, Number 1 (Spring 2007), Charter Dialogue: Ten Years Later, Article 6.

MAUS, Ingeborg. (2000). *O Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000. Disponível em <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>, acesso em 10/10/2015.

MCDONALD, Leighton. (2004). *Rights, Dialogue and Democratic Objections to Judicial Review*. 32 Federal Law Review 1

MCGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. (2004). *The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences*. The Journal of Politics, Vol. 66, No. 4, November 2004, pp. 1018–1035.

MENDES, Conrado Hübner. (2009). *Not the Last Word, But Dialogue – Deliberative Separation of Powers 2*. (November 1, 2009). *Legisprudence*, Vol. 3, No. 2, pp. 191-246.

MENEZES, Flavia Ferreira Jacó de; SILVA, Alexandre Garrido da. (2014). *Poder Judiciário e Diálogos Institucionais: uma perspectiva frente à flexibilização das decisões*. In: Revista Horizonte Científico, Vol. 8, n. 1 (JUL 2014), disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/17921/14854>

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix (2013). *"Constitutional Dialogue": An Overview*. <http://www.utrechtlawreview.org> | Volume 9, Issue 2 (March) 2013 | URN:NBN:NL:UI:10-1-112921.

MILLER, Mark C. (2004). *The view of the courts from the hill: a neo institutional perspective*. In MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington: Georgetown University Press.

_____. (2013). *Constitutional Interpretation and Policy-Making: The Governance as Dialogue Movement*. 40 Ohio N.U. L. Rev. 337 2013-2014.

NUZZI, Vitor. (2014). *Congresso Nacional, retrato desfocado da sociedade brasileira. Com poucos jovens, negros e mulheres – e nenhum índio –, Legislativo brasileiro não reflete composição da sociedade brasileira*. Revista do Brasil, nº 101. Disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/101/no-congresso-nacional-retrato-desfocado-da-sociedade-brasileira-2775.html>, acesso em 19/09/2015.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. (2008). *Ativismo Judicial, Auto restrição Judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein*. *Diritto & Diritti*, v. 1, p. 1-21, 2008.

_____. (2013). *PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição*. In: FONTELES, Nazareno. *A soberania popular e o equilíbrio dos poderes*. Brasília: Câmara dos Deputados.

_____. (2014). *Uma Leitura Realista das Relações entre Constitucionalismo, Estado de Direito e Democracia*. In.: CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania: Linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais*. Vol. 1. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

OLIVEIRA, Fábio. (2007). *A Teoria do Direito e da Constituição: entre o Procedimentalismo e o Substancialismo*. In: *Quaestio Iuris Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ*. Rio de Janeiro: Gramma, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. (2010). *Estado Democrático de Direito e Correção Legislativa da Jurisprudência*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 73/2010 | p. 160 - 191 | Out - Dez / 2010.

PÉREZ, Soledad Analía. (2013). *Articulación entre el enfoque de las capacidades y el procedimentalismo epistémico*. *Rev. Sociedad & Equidad* Nº 5, Enero de 2013. Pp 90-108.

PETTER, Andrew (2007). *Taking Dialogue Theory Much too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good Thing after all)*. 45 *Osgoode Hall L.J.* 147 [22 pages, 147 to 168].

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. (2010). *Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade*. DPU Nº 31 – Jan-Fev/2010.

PILDES, Richard H. (2011). *Is the Supreme Court a “Majoritarian” Institution?* In: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. (2015). *Diálogo Institucional - o debate entre o STF e o Congresso Nacional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 91/2015 | p. 205 - 243 | Abr - Jun / 2015 DTR\2015\9298.

RANGEL, Henrique; Bolonha, Carlos. (2013). *As formas de expressão da supremacia judicial: uma proposta metodológica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 5(1): 21-30 janeiro-junho 2013.

RAWLS, John. (1997). *The Idea of Public Reason*. In: BOHMAN, James; REHG, William. (ed.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press.

RÉ, Richard M. (2009). *Can Congress Overturn ‘Kennedy v. Louisiana’?* Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 33, No. 3.

ROACH, Kent. (2004). *Dialogic Judicial Review and its Critics*. Supreme Court Law Review (2nd), Vol. 23, 49-104.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. (2013). *El Activismo Dialógico e El Impacto de los Fallos sobre Derechos Sociales*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 (Diciembre de 2013).

SADURSKI, Wojciech. (2002). *Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*. (2002) 22 Oxford Journal of Legal Studies 275, 280.

SANGMEISTER, Bernadette. (2013). *Judicial Review of Legislation in the Uk: Fundamental Common Law Principles as “Constitutional Principles” Limiting the Sovereignty Of Parliament?* Victoria University of Wellington. Research Paper LAWS 526: Comparative Constitutionalism.

SANTOS, Boaventura de Souza. (2001). *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. In.: Contexto Internacional, nº 23. p, 7-34. Disponível em:

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF.

SHINAR, Adam. (2009). *Review - With a little help from the courts: the promises and limits of weak form judicial review of social and economic rights*. International Journal of Law in Context / Volume 5 / Issue 04 / December 2009, pp 417 – 431.

SILVA, Virgílio Afonso da. (2009). *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, Vol. 250, 197-227.

SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espíndola. (2012). *Possibilidades da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática*. In: Anais do XX Encontro Nacional do Conpedi. (Org.), p. 13625-13654, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>.

SOARES, Mirelle Monte. (2013). *A Crise Funcional do Estado Contemporâneo Brasileiro: uma análise das PEC's nº 03/2011, nº 33/2011 e do PRC 21/2011*. In. Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f52db9f7c0ae7017>.

SOLIMINE, Michael E.; WALKER, James L. (1994). *The Supreme Court, Judicial Review, and the Public: Leadership Versus Dialogue*. 11 Const. Comment. 1 (1994-1995) [6 pages, 1 to 6].

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (2009). *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (2013). *Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão Da "Última Palavra" e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In: Revista Quaestio Iuris, vol.06, nº02. ISSN 1516-0351 p. 119-161.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. (1993). *The Supreme Court and the atitudinal model*. Cambridge: Cambridge University Press.

STEPHENSON, Scott. (2013). *Constitutional Reengineering: Dialogues migration from Canada to Australia*. I•CON (2013), Vol. 11 No. 4, 870–897.

STRECK, Lênio. (2015). *Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC*. Revista Consultor Jurídico de 19 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>, acesso em 15/01/2016.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. (2015). *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*. July 16, 2015. Supreme Court Review, Forthcoming. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2631873>.

TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. (2009). *Teorias Dialógicas e os Sistemas de Constituições Não Escritas: o Caso Israelense*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

TREMBLAY, Luc B. (2005). *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. Oxford University Press and New York University School of Law, I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 617–648.

TRIBE, Laurence (1980). *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. The Yale Law Journal, Vol. 89, pp. 1063-1080.

TULIS, Jeffrey K. (2003). *Deliberation Between Institutions*. In: FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter (Eds.). *Debating Deliberative Democracy*. Philosophy, Politics and Society 7. Oxford: Blackwell Publishing.

TUSHNET, Mark. (1998). *Two Versions of Judicial Supremacy*. 39 Wm. & Mary L. Rev. 945 (1997-1998) [16 pages, 945 to 960].

_____. (2008). *Dialogic Judicial Review*. Arkansas Law Review, Vol. 61, 205- 216.

_____. (2010). *Incentives and the Supreme Court*. 78 Geo. Wash. L. Rev. 1300 (2009-2010) [10 pages, 1300 to 1309].

_____. (2015). *Novos Mecanismos Institucionais para a Criação do Direito Constitucional*. Quaestio Iuris, vol.08, nº. 02, Rio de Janeiro, pp. 1188-1206.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; AJOUZ, Igor. (2010). *Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarianismo ao alinhamento com a maioria*. Revista Jurispoiesis (PPGD/UNESA - Rio de Janeiro), v. 13, p. 431-456.

Disponível

em

445

http://www.4shared.com/office/SW48Lp7o/SITE_Abertura_dialogica_contra.html?

VALLE, Vanice Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. (2010). *Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual*. A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 42, p. 105-130. Disponível em:

http://www.4shared.com/office/a9vgPT9V/SITE_Abertura_dialogica_contro.html

VERMEULE, Adrian. (2015). *Deference and Due Process*. May 27, 2015. Harvard Law Review, Forthcoming. Harvard Public Law Working Paper No. 15-12. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2611149>.

VIANNA, Luiz Werneck. (2008). *O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação*. In: OLIVEN, R. G. et al. (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Fundação Ford.

VIEIRA, Oscar Vilhena. (2009). *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora.

WARAT, Luís Alberto. (1982). *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Vol. 03, nº 05, pp. 48-57.

WALDRON, Jeremy. (2002). *Judicial Power and Popular Sovereignty, in MARBURY VERSUS MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY* 181 (Mark A. Graber & Michael Perhac eds.).

_____. (2004). *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in *Supreme Court Law Review*, 23 (2d), (2004).

_____. (2006). *The Core of The Case Against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115.

WARAT, Luís Alberto. (1982). *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. Sequência. UFSC, V. 03, n. 05, ISSN 2177-7055.

WERLE, Denilson Luis. (2013). *Razão e Democracia. Uso Público da Razão e Política Deliberativa em Habermas*. Trans/Form/Ação, Marília, v. 36, p. 149-176, 2013. Edição Especial.

WILLEMANN, Marianna Montebello. (2013). *Revisão parlamentar no controle de constitucionalidade, constitucionalismo popular e humildade institucional*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, n. 43, 2013.

WHITTINGTON, Keith E. (2002). *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*. North Carolina Law Review, Vol. 80, No. 3, 2002.

_____. (2009). *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University Press.

WORM, Naíma; VIEIRA, Murilo Braz. (2014). *Separação dos Poderes e o Impacto da PEC nº 33/2011 nas Relações entre os Poderes Legislativo e Judiciário*. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB - A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI, 2014, João Pessoa - PB. Teoria do Estado e das Constituições, 2014. p. 252-270.

TESES E DISSERTAÇÕES

BATISTA, Francisco Diego Moreira. (2015). *O guardião da Constituição : uma análise de qual Poder deve dar a última palavra a respeito da constitucionalidade de leis no Brasil*. Dissertação de mestrado em Direito. PUCRS. Porto Alegre.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. (2012). *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia*. Tese de Doutorado em Direito. USP. São Paulo.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. (2008). *O Direito à Saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*. Tese de doutorado em Direito. UnB.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. (2006). Dissertação de Mestrado em Direito. *Revisitando Os Fundamentos do Controle de Constitucionalidade: Uma Crítica Democratizante à Prática Judicial Brasileira*. UnB.

DIAS JUNIOR, Etéocles Brito Mendonça, (2012). *Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional*. Dissertação de Mestrado em Direito. PUC/RJ. Rio de Janeiro.

DIXON, Rosalind. (2008). *Designing constitutional dialogue: Bills of rights & the new Commonwealth Constitutionalism*. SJD. Thesis, Harvard University.

GUIMARÃES, Aline Lisboa Naves. (2009). *Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado em Direito. UnB.

ISRAEL, Lucas Nogueira. (2014). *A Legitimidade das Sentenças Manipulativas com Efeitos Aditivos no Controle Judicial de Constitucionalidade: Entre a Supremacia Judicial e a Supremacia Parlamentar*. Dissertação de Mestrado em Direito. UnB.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. (2014). *PARADOXO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: alternativas à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito. UnB.

LORENZETTO, Bruno Meneses. (2014). *Os Caminhos do Constitucionalismo Para A Democracia*. Tese de Doutorado em Direito. UFPR.

MENDES, Conrado Hübner. (2008). *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em Ciência Política. USP. São Paulo.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. (2013). *Desentrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Dissertação de Mestrado em Direito. UnB.

OLIVEIRA MENDES, Bruna de. (2014). *A Democracia Constitucional e as Teorias do Diálogo Institucional*. Dissertação de mestrado em Direito. USP. São Paulo.

OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. (2014). *Uma 'Travessia' no Direito: A Gênese Democrática do Discurso Jurídico e o 'Amicus Curiae' como Manifestação da Transição Paradigmática do Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito. UnB.

POLI, Vinicius José. (2012). *Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo*. Dissertação de Mestrado em Direito. USP.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. (2013). *DIÁLOGO INSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de Doutorado em Direito. USP. São Paulo.

Anexo 1 - Listagem das ADIns que tiveram os acórdãos analisados quanto à consideração dos argumentos do Congresso Nacional

Ordem	ADIn	Data Autuação	Data Decisão	Resultado	Julgada em conjunto com	Nº de páginas no acórdão	Informações do Congresso Nacional foram dispensadas	Conteúdo das Informações do Congresso Nacional	Consideração dos argumentos do legislativo por parte do STF
1	ADI-14	12/01/1989	28/09/1989	Procedente em parte		23	Não	Apenas relato da tramitação	Não
2	ADI-15	12/01/1989	14/06/2007	Procedente em parte		20	Não	Defesa de Mérito	Não
3	ADI-41	25/04/1989	21/11/1990	Procedente		22	Não	Não consta no acórdão	Não
4	ADI-173	08/01/1990	26/09/2008	Procedente	ADI-394	24	Não	Não consta no acórdão	Não
5	ADI-306	18/06/1990	23/10/1996	Procedente		20	Não	Apenas relato da tramitação	Não
6	ADI-354	27/08/1990	24/09/1990	Improcedente		57	Sim	Não se aplica	Não
7	ADI-402	16/11/1990	02/08/1993	Procedente		42	Não	Apenas relato da tramitação	Não
8	ADI-447	25/02/1991	05/06/1991	Procedente		111	Sim	Não se aplica	Não
9	ADI-449	05/03/1991	29/08/1996	Procedente		34	Não	Apenas relato da tramitação	Não
10	ADI-453	07/03/1991	30/08/2006	Improcedente		29	Não	Não consta no acórdão	Não
11	ADI-492	29/04/1991	12/11/1992	Procedente		90	Não	Apenas relato da tramitação	Não
12	ADI-493	02/04/1991	25/06/1992	Procedente		198	Não	Apenas relato da tramitação	Não
13	ADI-513	21/05/1991	14/06/1991	Procedente		59	Sim	Não se aplica	Não
14	ADI-574	04/09/1991	03/06/1993	Procedente		23	Não	Apenas relato da tramitação	Não
15	ADI-581	12/09/1991	12/08/1992	Procedente em parte		26	Sim	Não se aplica	Não
16	ADI-600	07/10/1991	26/04/1995	Improcedente		52	Não	Não consta no acórdão	Não
17	ADI-608	17/10/1991	31/05/2007	Improcedente		9	Não	Defesa de Mérito	Não
18	ADI-609	18/10/1991	08/02/1996	Procedente		26	Não	Defesa de Mérito	Não
19	ADI-613	29/10/1991	29/04/1993	Improcedente		68	Não	Apenas relato da tramitação	Não
20	ADI-639	14/11/1991	02/06/2005	Improcedente		22	Não	Não consta no acórdão	Não
21	ADI-763	12/08/1992	25/11/2015	Improcedente		13	Não	Não consta no acórdão	Não
22	ADI-778	08/09/1992	13/10/1994	Improcedente		18	Não	Defesa de Mérito	Não
23	ADI-789	05/10/1992	26/05/1994	Improcedente		62	Não	Apenas relato da tramitação	Não
24	ADI-790	20/10/1992	26/02/1993	Procedente em parte		20	Não	Defesa de Mérito	Não
25	ADI-829	15/01/1993	14/04/1993	Improcedente	ADI-830 e ADI-833	94	Não	Defesa de Mérito	Não
26	ADI-837	08/02/1993	27/08/1998	Procedente		52	Não	Defesa de Mérito	Não
27	ADI-869	05/05/1993	04/08/1999	Procedente		33	Não	Apenas relato da tramitação	Não

Ordem	ADIn	Data Autuação	Data Decisão	Resultado	Julgada em conjunto com	Nº de páginas no acórdão	Informações do Congresso Nacional foram dispensadas	Conteúdo das Informações do Congresso Nacional	Consideração dos argumentos do legislativo por parte do STF
28	ADI-875	13/05/1993	24/02/2010	Procedente	ADI-1987, ADI-2727 e ADI-3243	84	Não	Defesa de Mérito	Não
29	ADI-939	08/09/1993	15/12/1993	Procedente em parte		154	Não	Apenas relato da tramitação	Não
30	ADI-956	05/10/1993	01/07/1994	Improcedente		48	Não	Defesa de Mérito	Sim
31	ADI-958	13/10/1993	11/05/1994	Procedente em parte	ADI-966	47	Não	Defesa de Mérito	Não
32	ADI-994	24/01/1994	10/12/1998	Procedente		35	Não	Defesa de Mérito	Não
33	ADI-997	01/02/1994	28/03/1996	Improcedente		14	Não	Defesa de Mérito	Não
34	ADI-1040	08/03/1994	31/05/2006	Improcedente		36	Não	Defesa de Mérito	Não
35	ADI-1074	31/05/1994	28/03/2007	Procedente		11	Não	Defesa de Mérito	Não
36	ADI-1103	29/07/1994	18/12/1996	Procedente em parte		49	Não	Defesa de Mérito	Sim
37	ADI-1105	02/08/1994	17/05/2006	Procedente		31	Não	Não consta no acórdão	Não
38	ADI-1116	22/08/1994	05/10/1995	Procedente	ADI-1102 e ADI-1108	24	Não	Defesa de Mérito	Não
39	ADI-1194	24/01/1995	21/05/2009	Procedente em parte		128	Não	Defesa de Mérito	Sim
40	ADI-1231	22/02/1995	15/12/2005	Improcedente		39	Não	Defesa de Mérito	Sim
41	ADI-1232	24/02/1995	27/08/1998	Improcedente		12	Não	Defesa de Mérito	Não
42	ADI-1252	16/03/1995	28/05/1997	Procedente em parte		22	Não	Não consta no acórdão	Não
43	ADI-1274	24/04/1995	11/09/2002	Procedente		8	Não	Defesa de Mérito	Não
44	ADI-1351	27/09/1995	07/12/2006	Procedente	ADI-1354	156	Não	Defesa de Mérito	Não
45	ADI-1363	30/10/1995	09/02/2000	Improcedente		13	Não	Defesa de Mérito	Não
46	ADI-1371	09/11/1995	03/06/1998	Procedente em parte		43	Não	Defesa de Mérito	Não
47	ADI-1377	21/11/1995	03/06/1998	Procedente em parte		54	Não	Defesa de Mérito	Não
48	ADI-1459	21/05/1996	17/03/1999	Procedente em parte		35	Não	Não consta no acórdão	Não
49	ADI-1465	28/05/1996	24/02/2005	Improcedente		11	Não	Defesa de Mérito	Não
50	ADI-1539	04/12/1996	24/04/2003	Improcedente		11	Não	Defesa de Mérito	Não
51	ADI-1570	10/03/1997	12/02/2004	Procedente em parte		36	Não	Defesa de Mérito	Não
52	ADI-1571	10/03/1997	10/12/2003	Improcedente		22	Não	Não consta no acórdão	Não
53	ADI-1582	15/04/1997	07/08/2002	Improcedente		14	Não	Defesa de Mérito	Não

Ordem	ADIn	Data Autuação	Data Decisão	Resultado	Julgada em conjunto com	Nº de páginas no acórdão	Informações do Congresso Nacional foram dispensadas	Conteúdo das Informações do Congresso Nacional	Consideração dos argumentos do legislativo por parte do STF
54	ADI-1600	05/05/1997	26/11/2001	Procedente em parte		196	Não	Defesa de Mérito	Não
55	ADI-1635	09/07/1997	19/10/2000	Improcedente		54	Não	Defesa de Mérito	Não
56	ADI-1643	28/07/1997	05/12/2002	Improcedente		19	Não	Defesa de Mérito	Não
57	ADI-1649	13/08/1997	24/03/2004	Improcedente		21	Não	Defesa de Mérito	Sim
58	ADI-1719	26/11/1997	18/06/2007	Procedente em parte		8	Não	Defesa de Mérito	Não
59	ADI-1721	27/11/1997	11/10/2006	Procedente		34	Não	Defesa de Mérito	Não
60	ADI-1758	31/12/1997	10/11/2004	Procedente		16	Não	Defesa de Mérito	Não
61	ADI-1770	30/01/1998	11/10/2006	Procedente		19	Não	Defesa de Mérito	Não
62	ADI-1800	10/03/1998	11/06/2007	Improcedente		30	Não	Defesa de Mérito	Não
63	ADI-1817	13/04/1998	28/05/2014	Improcedente		18	Não	Defesa de Mérito	Não
64	ADI-1852	01/07/1998	21/08/2002	Improcedente		14	Não	Defesa de Mérito	Não
65	ADI-1863	31/07/1998	06/09/2007	Improcedente		16	Não	Defesa de Mérito	Não
66	ADI-1878	27/08/1998	02/08/2004	Improcedente		90	Não	Defesa de Mérito	Não
67	ADI-1933	11/12/1998	14/04/2010	Improcedente		20	Não	Defesa de Mérito	Não
68	ADI-1946	21/01/1999	03/04/2003	Procedente em parte		14	Não	Não consta no acórdão	Não
69	ADI-1998	07/05/1999	17/03/2004	Improcedente		17	Não	Defesa de Mérito	Sim
70	ADI-2024	02/07/1999	03/05/2007	Improcedente		16	Não	Não consta no acórdão	Não
71	ADI-2031	15/07/1999	03/10/2002	Procedente em parte		15	Não	Defesa de Mérito	Não
72	ADI-2054	24/08/1999	02/04/2003	Improcedente		63	Não	Defesa de Mérito	Não
73	ADI-2117	09/12/1999	27/08/2014	Procedente em parte		9	Não	Defesa de Mérito	Não
74	ADI-2182	30/03/2000	12/05/2010	Improcedente		106	Não	Defesa de Mérito	Não
75	ADI-2198	26/04/2000	11/04/2013	Improcedente		27	Não	Defesa de Mérito	Não
76	ADI-2306	24/08/2000	21/03/2002	Improcedente		34	Não	Não consta no acórdão	Não
77	ADI-2395	30/01/2001	09/05/2007	Improcedente		46	Não	Defesa de Mérito	Não
78	ADI-2522	10/09/2001	08/06/2006	Improcedente		10	Não	Não consta no acórdão	Não
79	ADI-2536	26/09/2001	15/04/2009	Improcedente		15	Não	Defesa de Mérito	Não
80	ADI-2555	07/11/2001	03/04/2003	Improcedente		7	Não	Defesa de Mérito	Não
81	ADI-2556	08/11/2001	13/06/2012	Procedente em parte	ADI-2568	24	Não	Não consta no acórdão	Sim
82	ADI-2586	19/12/2001	09/09/2004	Improcedente		38	Não	Defesa de Mérito	Não

Ordem	ADIn	Data Autuação	Data Decisão	Resultado	Julgada em conjunto com	Nº de páginas no acórdão	Informações do Congresso Nacional foram dispensadas	Conteúdo das Informações do Congresso Nacional	Consideração dos argumentos do legislativo por parte do STF
83	ADI-2588	21/12/2001	12/08/2014	Procedente em parte		263	Não	Defesa de Mérito	Não
84	ADI-2591	26/12/2001	14/12/2006	Improcedente		249	Não	Defesa de Mérito	Não
85	ADI-2649	13/05/2002	08/05/2008	Improcedente		45	Não	Defesa de Mérito	Não
86	ADI-2650	15/05/2002	24/08/2011	Improcedente		71	Não	Defesa de Mérito	Não
87	ADI-2652	20/05/2002	08/05/2003	Procedente		8	Não	Não consta no acórdão	Não
88	ADI-2666	13/06/2002	18/10/2006	Improcedente	ADI-2673	13	Não	Defesa de Mérito	Não
89	ADI-2726	13/09/2002	05/12/2002	Improcedente		26	Não	Não foram prestadas	Não
90	ADI-2794	23/12/2002	14/12/2006	Procedente		24	Não	Não consta no acórdão	Não
91	ADI-2913	08/07/2003	20/05/2009	Improcedente		23	Não	Não consta no acórdão	Não
92	ADI-2925	14/07/2003	19/12/2003	Procedente em parte		77	Não	Não consta no acórdão	Não
93	ADI-2937	17/07/2003	23/02/2012	Improcedente		42	Não	Defesa de Mérito	Não
94	ADI-2970	15/08/2003	20/04/2006	Procedente		11	Não	Defesa de Mérito	Não
95	ADI-2990	09/09/2003	18/04/2007	Improcedente		52	Não	Defesa de Mérito	Não
96	ADI-3026	28/10/2003	08/06/2006	Improcedente		120	Não	Não consta no acórdão	Não
97	ADI-3068	27/11/2003	25/08/2004	Improcedente		55	Não	Não consta no acórdão	Não
98	ADI-3089	15/12/2003	13/02/2008	Improcedente		69	Não	Defesa de Mérito	Não
99	ADI-3096	19/12/2003	16/06/2010	Procedente em parte		45	Não	Defesa de Mérito	Sim
100	ADI-3104	31/12/2003	26/09/2007	Improcedente		51	Não	Defesa de Mérito	Não
101	ADI-3105	31/12/2003	02/02/2007	Procedente em parte		327	Não	Defesa de Mérito	Não
102	ADI-3128	05/02/2004	18/08/2004	Procedente em parte		325	Não	Defesa de Mérito	Não
103	ADI-3138	13/02/2004	14/09/2011	Improcedente		32	Não	Defesa de Mérito	Não
104	ADI-3146	19/02/2004	11/05/2006	Improcedente		57	Não	Defesa de Mérito	Não
105	ADI-3168	17/03/2004	08/06/2006	Improcedente		47	Não	Defesa de Mérito	Não
106	ADI-3237	23/06/2004	26/03/2014	Procedente em parte		30	Não	Defesa de Mérito	Não
107	ADI-3273	09/08/2004	16/03/2005	Improcedente	ADI-3366	179	Não	Não foram prestadas	Não
108	ADI-3305	16/09/2004	13/09/2006	Improcedente		18	Não	Defesa de Mérito	Não
109	ADI-3324	08/10/2004	16/12/2004	Procedente		57	Não	Defesa de Mérito	Não
110	ADI-3341	08/11/2004	29/05/2014	Procedente em parte		22	Não	Nega ter competência para responder no caso	Não

Ordem	ADIn	Data Autuação	Data Decisão	Resultado	Julgada em conjunto com	Nº de páginas no acórdão	Informações do Congresso Nacional foram dispensadas	Conteúdo das Informações do Congresso Nacional	Consideração dos argumentos do legislativo por parte do STF
111	ADI-3367	09/12/2004	13/04/2005	Improcedente		180	Não	Defesa de Mérito	Sim
112	ADI-3386	10/01/2005	14/04/2011	Improcedente		28	Não	Defesa de Mérito	Não
113	ADI-3453	31/03/2005	30/11/2006	Procedente		36	Não	Defesa de Mérito	Sim
114	ADI-3464	11/04/2005	29/10/2008	Procedente		15	Não	Defesa de Mérito	Sim
115	ADI-3510	30/05/2005	29/05/2008	Improcedente		526	Não	Defesa de Mérito	Não
116	ADI-3541	19/07/2005	12/02/2014	Improcedente		10	Não	Defesa de Mérito	Sim
117	ADI-3566	19/08/2005	15/02/2007	Procedente em parte		50	Não	Defesa de Mérito	Não
118	ADI-3592	28/09/2005	26/10/2006	Improcedente		20	Não	Defesa de Mérito	Não
119	ADI-3599	17/10/2005	21/05/2007	Improcedente		38	Não	Defesa de Mérito	Sim
120	ADI-3741	31/05/2006	06/09/2006	Procedente em parte	ADI-3742 e ADI-3743	48	Não	Defesa de Mérito	Não
121	ADI-3756	30/06/2006	24/10/2007	Improcedente		30	Não	Defesa de Mérito	Não
122	ADI-3768	02/08/2006	19/09/2007	Improcedente		35	Não	Não consta no acórdão	Não
123	ADI-3934	02/08/2007	24/02/2011	Improcedente		62	Não	Defesa de Mérito	Não
124	ADI-3942	16/08/2007	05/02/2015	Improcedente		20	Não	Apenas relato da tramitação	Não
125	ADI-3943	17/08/2007	07/05/2015	Improcedente		94	Não	Defesa de Mérito	Sim
126	ADI-4029	19/02/2008	08/03/2012	Improcedente		89	Não	Defesa de Mérito	Não
127	ADI-4033	27/02/2008	15/09/2010	Improcedente		32	Não	Defesa de Mérito	Sim
128	ADI-4078	20/05/2008	10/11/2011	Improcedente		59	Não	Defesa de Mérito	Não
129	ADI-4167	29/10/2008	01/04/2014	Improcedente		123	Não	Defesa de Mérito	Não
130	ADI-4274	21/07/2009	23/11/2011	Procedente		32	Não	Defesa de Mérito	Não
131	ADI-4277	22/07/2009	05/11/2014	Procedente	ADPF-132	270	Não	Defesa de Mérito	Não
132	ADI-4350	01/12/2009	23/10/2014	Improcedente	ADI-4627	73	Não	Defesa de Mérito	Sim
133	ADI-4424	04/06/2010	09/02/2012	Procedente	ADC-19	94	Não	Defesa de Mérito	Sim
134	ADI-4430	11/06/2010	29/06/2012	Procedente em parte	ADI-4795	221	Não	Defesa de Mérito	Sim
135	ADI-4543	24/01/2011	06/11/2013	Procedente		42	Não	Defesa de Mérito	Sim
136	ADI-4568	01/03/2011	03/11/2011	Improcedente		81	Não	Defesa de Mérito	Sim
137	ADI-4617	07/06/2011	19/06/2013	Procedente em parte		30	Não	Defesa de Mérito	Sim
138	ADI-4947	26/04/2013	01/07/2014	Procedente	ADI-4963, ADI-	215	Não	Defesa de Mérito	Sim

Ordem	ADIn	Data Autuação	Data Decisão	Resultado	Julgada em conjunto com	Nº de páginas no acórdão	Informações do Congresso Nacional foram dispensadas	Conteúdo das Informações do Congresso Nacional	Consideração dos argumentos do legislativo por parte do STF
					4965, ADI-5020, ADI-5028, ADI-5130 e ADC-33				
139	ADI-4976	17/06/2013	07/05/2014	Improcedente		89	Não	Defesa de Mérito	Sim
140	ADI-5136	09/06/2014	01/07/2014	Improcedente		24	Não	Defesa de Mérito	Não
Total de páginas analisadas						8384			

Anexo 2 - Listagem das ADIn(s) que foram excluídas da análise e razões para tal

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
1	5316	cautelar
2	4440	negado seguimento por falta de legitimidade ativa ad causam
3	ADO 22	não é ADIn
4	4413 e 4389	serão julgadas em definitivo, sem apreciação das cautelares
5	3843	embargos de declaração e ausência de legitimidade ativa ad causam
6	4425,4357,4372 e 4400	questão de ordem e embargos de declaração, por fim
7	3962	agravo regimental e falta de legitimidade ativa ad causam
8	4422	agravo regimental e falta de legitimidade ativa ad causam
9	4036	agravo regimental e falta de legitimidade ativa ad causam
10	4184	agravo regimental e falta de legitimidade ativa ad causam
11	2362	agravo regimental e cautelar
12	4222	negado seguimento a agravo regimental por adoção da via da ADIn quando era o caso de ADPF
13	5034	agravo regimental e falta de legitimidade ativa ad causam
14	5020, 4947, 5028, 4963, 4965 e 5130	duplicidade - julgadas em conjunto com ADIn que já consta na listagem
15	1491	cautelar
16	2669	não transitado em julgado
17	4307	emenda de <i>override</i>
18	4425, 4357, 4372 e 4400	emenda de <i>override</i>
19	4357, 4425, 4372 e 4400	emenda de <i>override</i>
20	4400 e 4372	extinta por falta de legitimidade ativa ad causam
21	4372 e 4400	extinta por falta de legitimidade ativa ad causam
22	4167	embargos de declaração em ADI
23	2422 e 2423	agravo regimental em ADI, contra não conhecimento das ações
24	4578	lei <i>in your face</i>
25	4543	cautelar
26	4582	cautelar
27	4389	cautelar
28	2356	cautelar
29	4467	cautelar
30	4451	referendo em medida cautelar
31	4307 e 4310	referendo em medida cautelar
32	2139 e 2160	cautelar
33	2160 e 2139	cautelar
34	4071	agravo regimental em ADI, contra indeferimento da inicial por manifestamente improcedente a ação
35	2980	não conhecida a ação
36	4167	cautelar
37	3772	lei <i>in your face</i>
38	4097	agravo regimental em ADI, contra indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido
39	3949	cautelar
40	3906	agravo regimental em ADI e falta de legitimidade ativa ad causam
41	3378	não transitado em julgado
42	2006	prejudicada
43	3756	embargos de declaração
44	3929	cautelar
45	3929	questão de ordem

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
46	2238	cautelar
47	2135	cautelar
48	1923	cautelar
49	3682	é uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão
50	3626	cautelar
51	3112, 3137, 3198, 3263, 3518, 3535, 3586, 3600, 3788 e 3814	não transitado em julgado
52	3854	cautelar
53	3684	cautelar
54	3833	cautelar
55	2666	embargos de declaração em ADI
56	2883	não conhecida a ação
57	2760	não conhecida a ação
58	3606	agravo regimental e falta de legitimidade ativa ad causam
59	3613	agravo regimental e falta de legitimidade ativa ad causam
60	1040	embargos de declaração em ADI
61	1127	não transitado em julgado
62	3395	cautelar
63	3385	emenda de <i>override</i>
64	3490	prejudicada
65	3573	não conhecida a ação
66	2797 e 2860	lei <i>in your face</i>
67	3578	cautelar
68	3045	prejudicada
69	3472	cautelar
70	3366 e 3273	duplicidade - julgadas em conjunto com ADIn que já consta na listagem
71	3369	cautelar
72	2325	cautelar
73	2586	embargos de declaração em ADI
74	2159	prejudicada
75	1878	embargos de declaração em ADI
76	1931	cautelar
77	2250	cautelar
78	2054	questão de ordem
79	2613	agravo regimental e ilegitimidade ativa superveniente
80	2202	agravo regimental e ilegitimidade ativa superveniente
81	1847	prejudicada
82	2223	cautelar
83	2244	cautelar
84	2556	cautelar
85	2677	cautelar
86	2010	questão de ordem
87	1952	questão de ordem
88	2566	cautelar
89	2554	agravo regimental em ADI
90	2530	cautelar
91	2174	não conhecida a ação
92	2545	cautelar
93	2484	cautelar
94	2221	agravo regimental em ADI e falta de legitimidade ativa ad causam

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
95	2380	cautelar
96	1933	cautelar
97	2009 e 2055	não conhecida a ação
98	1822	embargos de declaração em ADI
99	2242	não conhecida a ação
100	2238	questão de ordem
101	2306	cautelar
102	2182	cautelar
103	2144	cautelar
104	2117	cautelar
105	2190	não conhecida a ação
106	2178	cautelar
107	2110	cautelar
108	2111	cautelar
109	2110	questão de ordem
110	2069	prejudicada
111	1749	não conhecida a ação
112	2054	cautelar
113	2036	cautelar
114	2028	cautelar
115	2047	não conhecida a ação
116	2024	cautelar
117	1998	cautelar
118	2018	cautelar
119	2008	cautelar
120	2010	cautelar
121	2031	cautelar
122	1885	questão de ordem
123	1847	cautelar
124	1934	cautelar
125	2025	agravo regimental em ADI e falta de legitimidade ativa ad causam
126	1952	cautelar
127	2006	cautelar
128	1531	cautelar
129	1993	não conhecida a ação
130	885	prejudicada
131	1996	prejudicada
132	1989	embargos de declaração em ADI
133	1891	cautelar
134	1900	cautelar
135	1946	cautelar
136	1967	cautelar
137	1799	cautelar
138	1460	prejudicada
139	1896	cautelar
140	1929	não conhecida a ação
141	1755	não conhecida a ação
142	1305	não conhecida a ação
143	1726	cautelar
144	1878	cautelar

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
145	1802	cautelar
146	1668	cautelar
147	1763	cautelar
148	1852	cautelar
149	562	prejudicada
150	1822	não conhecida a ação
151	1840	cautelar
152	1075	cautelar
153	1810	não conhecida a ação
154	797	não conhecida a ação
155	1832	não conhecida a ação
156	1715, 1720 e 1726	cautelar
157	1720 e 1715	prejudicada
158	209	não conhecida a ação
159	1770	cautelar
160	1817	cautelar
161	1813	cautelar
162	1758	cautelar
163	1800	cautelar
164	1805	cautelar
165	1788	não conhecida a ação
166	1792	não conhecida a ação
167	1599	cautelar
168	1640	questão de ordem
169	1771	não conhecida a ação
170	1431	não conhecida a ação
171	200	prejudicada
172	1721	cautelar
173	1749	cautelar
174	1728	cautelar
175	1719	cautelar
176	1527	não conhecida a ação
177	1523	não conhecida a ação
178	1622	não conhecida a ação
179	1643	cautelar
180	1649	cautelar
181	90	agravo regimental em ADI e falta de legitimidade ativa ad causam
182	1635	cautelar
183	1480	cautelar
184	1600	cautelar
185	1626	cautelar
186	1627	cautelar
187	1620	cautelar
188	1517	cautelar
189	1397	cautelar
190	1582	cautelar
191	1584	cautelar
192	1494	cautelar
193	1562	questão de ordem
194	1571	cautelar

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
195	1488	cautelar
196	1511	cautelar
197	1497	cautelar
198	1501	cautelar
199	1493	cautelar
200	1486	cautelar
201	1465	cautelar
202	786	prejudicada
203	1490	cautelar
204	496	prejudicada
205	1485	cautelar
206	1153	embargos de declaração em ADI
207	1463	não conhecida a ação
208	1459	questão de ordem
209	1460	cautelar
210	1458	cautelar
211	1420	cautelar
212	1419	não conhecida a ação
213	1153	prejudicada
214	1432	cautelar
215	815	não conhecida a ação
216	1231	agravo regimental em ADI
217	1187	não conhecida a ação
218	1407	cautelar
219	1402	cautelar
220	1408	cautelar
221	1142	cautelar
222	1194	cautelar
223	1354	cautelar
224	1295	embargos de declaração em ADI
225	1363	cautelar
226	1384	cautelar
227	1382	cautelar
228	1355	cautelar
229	1360	cautelar
230	1312	cautelar
231	877	prejudicada
232	1108, 1102 e 1116	duplicidade - julgadas em conjunto com ADIn que já consta na listagem
233	1102, 1108 e 1116	duplicidade - julgadas em conjunto com ADIn que já consta na listagem
234	1297	cautelar
235	1094	cautelar
236	1283	cautelar
237	1220	cautelar
238	1183	cautelar
239	1295	cautelar
240	1146	cautelar
241	1049	cautelar
242	1274	cautelar
243	1232	cautelar
244	1169	cautelar

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
245	1155	cautelar
246	1161	agravo regimental em ADI
247	1187	cautelar
248	1123	cautelar
249	1153	cautelar
250	1005	cautelar
251	1139	cautelar
252	480	prejudicada
253	1103	cautelar
254	675	cautelar
255	1127	cautelar
256	1114	cautelar
257	1115	cautelar
258	1090	questão de ordem
259	1102	cautelar
260	1105	cautelar
261	1058	cautelar
262	1003	cautelar
263	1082	cautelar
264	1073	não conhecida a ação
265	1074	cautelar
266	1069	cautelar
267	1055	cautelar
268	1076	cautelar
269	1033	cautelar
270	1062	cautelar
271	1063	cautelar
272	966 e 958	duplicidade - julgadas em conjunto com ADIn que já consta na listagem
273	993	agravo regimental em ADI
274	959	cautelar
275	983	cautelar
276	984	cautelar
277	1040	cautelar
278	1036	cautelar
279	926	questão de ordem
280	535	prejudicada
281	994	cautelar
282	974	não conhecida a ação
283	981	cautelar
284	894	cautelar
285	914	cautelar
286	806	cautelar
287	933	cautelar
288	957	cautelar
289	896	cautelar
290	927	cautelar
291	941	cautelar
292	958	cautelar
293	947	cautelar
294	929	cautelar

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
295	884	cautelar
296	900	questão de ordem
297	915	cautelar
298	949	cautelar
299	944	cautelar
300	737	não conhecida a ação
301	935	não conhecida a ação
302	939	cautelar
303	164	não conhecida a ação
304	928	cautelar
305	926	cautelar
306	913	cautelar
307	912	não conhecida a ação
308	871	questão de ordem
309	886	cautelar
310	831	cautelar
311	871	cautelar
312	835	cautelar
313	833, 829 e 830	duplicidade - julgadas em conjunto com ADIn que já consta na listagem
314	830, 829 e 833	duplicidade - julgadas em conjunto com ADIn que já consta na listagem
315	353	questão de ordem
316	833	cautelar
317	319	questão de ordem
318	842	cautelar
319	839	cautelar
320	836	cautelar
321	837	cautelar
322	809	não conhecida a ação
323	803	cautelar
324	763	cautelar
325	789	cautelar
326	790	cautelar
327	586	cautelar
328	768	cautelar
329	712	cautelar
330	783	cautelar
331	786	cautelar
332	42	não conhecida a ação
333	771	cautelar
334	534	prejudicada
335	672	cautelar
336	746	não conhecida a ação
337	736	cautelar
338	722	cautelar
339	600	cautelar
340	722	cautelar
341	639	cautelar
342	574	cautelar
343	108	questão de ordem
344	79	questão de ordem

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
345	609	cautelar
346	547	cautelar
347	686	cautelar
348	688	cautelar
349	689	não conhecida a ação
350	77	cautelar
351	337	cautelar
352	385	cautelar
353	521	não conhecida a ação
354	516	cautelar
355	381	não conhecida a ação
356	344	não conhecida a ação
357	653	prejudicada
358	504	cautelar
359	647	não conhecida a ação
360	641	cautelar
361	571	cautelar
362	57	não conhecida a ação
363	591	cautelar
364	599	questão de ordem
365	605	cautelar
366	530	não conhecida a ação
367	562	cautelar
368	543	cautelar
369	499	não conhecida a ação
370	534	cautelar
371	505	não conhecida a ação
372	444	cautelar
373	453	cautelar
374	513	cautelar
375	501	não conhecida a ação
376	496	cautelar
377	493	cautelar
378	466	não conhecida a ação
379	447	cautelar
380	398	não conhecida a ação
381	402	cautelar
382	306	cautelar
383	267	cautelar
384	370	cautelar
385	353	cautelar
386	61	não conhecida a ação
387	312	cautelar
388	209	cautelar
389	67	não conhecida a ação
390	203	agravo regimental em ADI
391	207	cautelar
392	200	cautelar
393	173	cautelar
394	172	cautelar

Ordem	ADIn(s) nº	Motivo de exclusão da análise
395	164	cautelar
396	109	não conhecida a ação
397	65	cautelar
398	55	questão de ordem
399	49	cautelar
400	43	questão de ordem
401	24	Cautelar
402	15	Cautelar
403	14	Cautelar

Anexo 3 - Listagem dos ofícios de comunicação de declaração de inconstitucionalidade, enviados pelo STF, que foram analisados quanto à consideração dos argumentos de seus respectivos acórdãos

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
1	SF DIV 9/1994	RE 177296-4/210	23/09/1994	EXPRESSÃO 'AVULSOS, AUTONOMOS E ADMINISTRADORES', CONTIDA NO INCISO I DO ART. TERCEIRO DA LEI 7787, DE 1989	Não deliberado	Não há	Não	Não se aplica	Não	-	-
2	SF OFS 31/1997	RE 183119-7/210	10/04/1997	inconstitucionalidade, sem redução de texto, da expressão correspondente ao período-base de 1989, constante no caput do art. 1º da Lei nº 7.988, de 28 de dezembro de 1989, enquanto referida ao inciso II do mesmo dispositivo.	S/N	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Não	Não se aplica	Não	-	Não
3	SF OFS 56/1997	RE 188107	15/07/1997	ART. 10 DA LEI 2145, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1953, COM A REDAÇÃO DA LEI 8387, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991.	779/2005	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	19/2005	Sim	11/2005	Sim
4	SF OFS 6/1999	RE 225272	10/02/1999	INCISOS II E III DO ART. 1º DA LEI 8033, DE 12 DE ABRIL DE 1990	804/1999	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	107/1999	Sim	52/1999	Sim
5	SF OFS 13/1999	RE 221946	26/03/1999	incisos I e III do art. 7º da Lei Federal nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991	1.409/2012	Pelo prejuízo	Sim	Não se aplica	Não	-	-
6	SF OFS 15/1999	RE 225759	22/04/1999	incisos I e III do art. 7º da Lei nº 8162, de 8 de janeiro de 1991	561/1999	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	86/1999	Sim	35/1999	Sim

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
7	SF OFS 27/1999	RE 140773	29/07/1999	art. 12 da Lei ordinária federal nº 5868, de 12 de dezembro de 1972, na parte em que revogou o artigo 15 do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966.	682/2005	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	16/2005	Sim	09/2005	Sim
8	SF OFS 40/2000	RE 232.896-3	11/05/2000	disposição inscrita no artigo 15 da medida provisória nº 1.212, de 28 de novembro de 1995 - "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" - e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25 de novembro de 1998, artigo 18.	683/2005	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	17/2005	Sim	10/2005	Sim
9	SF OFS 42/2000	RE 232467	06/06/2000	inciso V do art. 1º da Lei Federal nº 8033, de 12 de abril de 1990	1.067/2007	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	71/2007	Sim	28/2007	Sim
10	SF OFS 52/2000	HC 77734	12/09/2000	parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998	1.366/2007 ; 1.367/2007	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	98/2007	Sim	03/2008	Sim
	SF OFS 2/2001	HC 77724	22/02/2001	artigo 11 da Lei nº 9639, de 26 de maio de 1998	1.368/2007						

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
11	SF OFS 63/2000	RE 247866	15/12/2000	artigo 14 da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho 1993	852/2007	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	61/2007	Sim	19/2007	Sim
12	SF OFS 62/2000	MS 23562	18/12/2000	alteração introduzida no § 2º do art. 2º da Lei nº 8629, de 25 de fevereiro de 1993, pela medida provisória nº 1577, de 1997, reeditada até a medida provisória nº 2027-39, de 2000	212/2007 e 213/2007	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	15/2007	Sim	04/2007	Sim
13	SF OFS 11/2002	RE 186623	13/05/2002	expressão "ou extinguir", constante do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1724, de 7 de dezembro de 1979	2.250/2005	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	91/2005	Sim	71/2005	Sim
	SF OFS 15/2002	RE 250288	29/05/2002	expressão "ou extinguir", constante do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1724, de 7 de dezembro de 1979							
	SF OFS 17/2002	RE 186359	10/06/2002	expressão "ou extinguir", constante do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1724, de 7 de dezembro de 1979							
	SF OFS 11/2003	RE 180828	22/04/2003	expressão: "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir", constante do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1724, de 1979, e das expressões: "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", constantes do inciso I do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1894, de 1981							

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
14	SF OFS 3/2004	RE 351.717	23/03/2004	alínea "h" do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo § 1º do artigo 13 da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997	795/2005	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	35/2005	Sim	26/2005	Sim
15	SF OFS 6/2004	MS 24405	17/05/2004	expressão "...manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia", constante do § 1º do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e ao contido no disposto no Regimento Interno do Tribunal, que quanto à autoria da denúncia, estabelece que será mantido o sigilo	187/2006	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	22/2006	Sim	16/2006	Sim
16	SF OFS 17/2004	RE 408830	13/07/2004	arts. 2º e 4º do Decreto-lei nº 2.295, de 21 de novembro de 1986, frente à Constituição de 1967	797/2005	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	37/2005	Sim	28/2005	Sim
17	SF OFS 3/2005	RE 401.436	11/01/2005	inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11 da medida provisória nº 2225-45, de 4 de junho de 2001, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo	1.054/2005	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	67/2005	Sim	52/2005	Não
18	SF OFS 11/2006	RE 358273	15/09/2006	§ 1º do artigo 3º da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998.	1.500/2011	Pelo prejuízo	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
	SF OFS 12/2006	RE 357950	15/09/2006	§ 1º do artigo 3º da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998.							
	SF OFS 13/2006	RE 390840	15/09/2006	§ 1º do artigo 3º da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998.							
	SF OFS 16/2006	RE 346084	30/11/2006	§ 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.							
19	SF OFS 14/2006	HC 82959	15/09/2006	artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.	494/2009	Pela rejeição	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
20	SF OFS 51/2007	RE 388359	06/09/2007	§ 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 32 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, originária da medida provisória nº 1.863-51/1999 e reedições.	1.384/2007	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
	SF OFS 24/2008	RE 556664	22/12/2008	artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do Decreto Lei nº 1.569/77.							
21	SF OFS 25/2008	RE 559882	22/12/2008	artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do Decreto Lei nº 1.569/77.	1.192/2010	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
22	SF OFS 1/2009	RE 585235	29/01/2009	§ 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998	1.434/2009	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
23	SF OFS 6/2009	RE 560626	25/03/2009	artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977	1.296/2010	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
24	SF OFS 46/2009	RE 390.513-9	27/05/2009	§§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da medida provisória nº 1.608-14/1998.	1.297/2010	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
25	SF OFS 47/2009	RE 407.190-8	27/05/2009	expressão "para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997", constante do "caput" do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.	1.298/2010	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
26	SF OFS 48/2009	RE 389.383-1	27/05/2009	§§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com as redações dadas pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da medida provisória nº 1.608-14/1998.	1.299/2010	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
27	SF OFS 23/2010	RE 527.602	22/10/2010	§ 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.	1.499/2011	Pelo arquivamento	Sim	Não se aplica	Não	-	Sim
28	SF OFS 6/2011	HC 97.256	01/03/2011	expressão: vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do § 4º do artigo 33, e da expressão: vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos, constante do artigo 44, da Lei nº 11.343, de 2006	1.492/2011	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	63/2011	Sim	05/2012	Sim

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
29	SF OFS 8/2011	RE 379.154	15/03/2011	inciso VI do art. 14 do Decreto-Lei nº 2.052 de 1983.	97/2013	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Sim	13/2013	Sim	05/2013	Sim
30	SF OFS 27/2013	RE 363.852	10/06/2013	artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
31	SF OFS 46/2013	RE 208.260	19/12/2013	art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724/1979.	S/N	Pelo arquivamento	Não	Não se aplica	Não	-	-
32	SF OFS 47/2013	RE 567.985	19/12/2013	parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
33	SF OFS 8/2014	HC 111.840	16/04/2014	parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
34	SF OFS 9/2014	RE 580.963	26/05/2014	parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
35	SF OFS 24/2014	RE 559.937	17/11/2014	expressão "acrescido do valor do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestação de Serviços de Transporte interestadual e intermunicipal de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições", contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
36	SF OFS 26/2014	RE 221.142	25/11/2014	parágrafo primeiro do art. 30 da Lei nº 7.730/89 e do art. 30 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
	SF OFS 27/2014	RE 215.811	25/11/2014	parágrafo primeiro do art.30 da Lei nº 7.730/89 e do art. 30 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989.							
37	SF OFS 28/2014	RE 567.935	25/11/2014	§ 2º do art. 14 da Lei nº 4.502/1964, com a redação dada pelo art. 15 da Lei 7.798/89, apenas quanto à previsão de inclusão dos descontos incondicionais na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
38	SF OFS 46/2014	MS 23.262	02/12/2014	artigo 170 da Lei nº 8.112/1990.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
39	SF OFS 47/2014	RE 208526-0	02/12/2014	parágrafo primeiro do artigo 30 da Lei nº 7.730/89 e do artigo 30 da Lei nº 7.799, de 10 de Julho de 1989.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
40	SF OFS 48/2014	RE 596.177	04/12/2014	art. 1º da Lei nº 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art. 543-B do CPC.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
41	SF OFS 49/2014	RE 662.113	05/12/2014	art. 3º do Decreto-Lei nº 1.437/75.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
42	SF OFS 4/2015	HC 559.943	15/01/2015	45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-
43	SF OFS 22/2015	RE 709.212	11/03/2015	artigo 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990.	-	-	Não	Não se aplica	Não	-	-

Ordem	Ofício nº (pode haver tramitação conjunta)	Ação em que declarada a inconstitucionalidade	Data do protocolo do ofício	Dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF	Nº do parecer da CCJC	Teor do parecer	O parecer foi apreciado	Nº do Projeto de Resolução do Senado	Houve aprovação do Projeto de Resolução	Nº da Resolução aprovada	Consideração dos argumentos do STF por parte do legislativo
44	SF OFS 25/2015	RE 595.838	17/03/2015	inciso IV do art. 22 da Lei 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 9.876/1999.	S/N	Pela suspensão dos dispositivos declarados inconstitucionais	Não	Não se aplica	Não	-	Sim

Anexo 4 - Listagem dos ofícios de comunicação de declaração de inconstitucionalidade, enviados pelo STF, que foram excluídos da análise e razões para tal

Ordem	Nº de tramitação da matéria	Motivo de exclusão da análise
1	SF OFS 19/1987	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIAS DAS NOTAS TAQUIGRAFICAS E DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO 103.878-1, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, O QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 4106, DE 26 DE JULHO DE 1962 E DO DECRETO 53977, DE 22 DE JUNHO DE 1964. --> julgado antes da CF/88
2	SF OFS 55/1996	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIA DO ACORDÃO TRANSITADO EM JULGADO, PROFERIDO NO RECURSO EXTRAORDINARIO 144817-2/210, que declarou a inconstitucionalidade do art. 36 da Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul.
3	SF OFS 15/1996	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, PARA OS FINS PREVISTOS NO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COPIA DO ACORDÃO PROFERIDO POR AQUELA CORTE, NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINARIA 324-5/320, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, INFORMANDO QUE O MESMO TRANSITOU EM JULGADO, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. SEGUNDO E TERCEIRO DA LEI 6747/86, BEM COMO DO PARAGRAFO QUINTO DO ART. PRIMEIRO E DO PARAGRAFO SEGUNDO DO ART. TERCEIRO DA LEI 1115, DE 1988, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.
4	SF OFS 100/1997	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIA DA LEI 3310, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1979, DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO, BEM ASSIM DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA E DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 120954, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 8º E 9º DA REFERIDA LEI ESTADUAL.
5	SF OFS 98/1997	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, PARA OS FINS PREVISTOS NO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COPIAS DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA E DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 202261, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 4759, DE 22 DE NOVEMBRO DE 1990, DO MUNICIPIO DE SÃO JOSE DO RIO PRETO (SP).
6	SF OFS 97/1997	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIAS DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA, E DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO 149922, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 11, DO CONVENIO ICM Nº 66, DE 14 DE DEZEMBRO DE 1988, DO MINISTERIO DA FAZENDA.
7	SF OFS 95/1997	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIA DA LEI 3563, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1988, DO MUNICIPIO DE VITORIA (ES), BEM ASSIM DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO E DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO NUMERO 205511, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 24 DA REFERIDA LEI MUNICIPAL.
8	SF OFS 83/1997	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, PARA OS FINS PREVISTOS NO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COPIA DA LEI 6747, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1990, DO MUNICIPIO DE SANTO ANDRE (SP), BEM COMO DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO DO ACORDÃO PROFERIDO POR AQUELA CORTE NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 192737, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 2º, 3º E 4º DA REFERIDA LEI PAULISTA.

9	SF OFS 64/1997	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIAS DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO, BEM COMO DO ACORDÃO PROFERIDO POR AQUELA CORTE, NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO 198506, DO ESTADO DE SÃO PAULO, O QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 14-A E PARAGRAFOS PRIMEIRO, SEGUNDO, TERCEIRO E QUARTO DA LEI 2677, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1983, DO MUNICIPIO DE JUNDIAI - SP, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI 3083, DE 14 DE JULHO DE 1987.
10	SF OFS 55/1997	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIA DO ACORDÃO TRANSITADO EM JULGADO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO 161031, ATRAVES DO QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO 'VEDADO O APROVEITAMENTO DO VALOR DO IMPOSTO RELATIVO A AQUISIÇÃO DA MESMA', CONSTANTE DA PARTE FINAL DA ALINEA 'B' DO INCISO III DO ART. 22 DO DECRETO 24224, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1984, DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELO DECRETO 29273, DE 14 DE MARÇO DE 1989.
11	SF OFS 74/1998	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, PARA OS FINS PREVISTOS NO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COPIA DA LEI ORGANICA NO MUNICIPIO DE CIDREIRA (RS), BEM ASSIM DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA, E DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 172004, NO QUAL AQUELE TRIBUNAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XVIII DO ARTIGO 51, E RESPECTIVO PARAGRAFO UNICO DA MENCIONADA LEI.
12	SF OFS 53/1998	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, PARA OS FINS PREVISTOS NO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COPIA DA RESOLUÇÃO Nº 70, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1994, DA CAMARA DOS DEPUTADOS, BEM ASSIM DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA E DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA EM EPIGRAFE, O QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 7º (SETIMO), CAPUT E SEU PARAGRAFO UNICO DA MENCIONADA RESOLUÇÃO; ENCAMINHA, AINDA, COPIA DO ACORDÃO E DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO IMPETRANTE.
13	SF OFS 21/1998	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIA DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO, BEM ASSIM DO ACORDÃO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO 199969, DO ESTADO DE SÃO PAULO, O QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 7º (SETIMO), INCISOS I E II; 87, INCISOS I E II; E 94 DA LEI 6989, DE 1966, DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI 11152, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991.
14	SF OFS 14/1999	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIA DA LEI 6747, DE 3 DE MAIO DE 1986, DO ESTADO DE SANTA CATARINA (SC), DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA, DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO, DO ACORDÃO PROFERIDO POR AQUELA CORTE, BEM COMO DA VERSÃO DOS REGISTROS TAQUIGRAFICOS DO JULGAMENTO DA AÇÃO ORIGINARIA Nº 290, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 2º E 3º DA REFERIDA LEI ESTADUAL.
15	SF OFS 12/1999	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, PARA OS FINS PREVISTO NO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COPIA DA LEI 9892, DE 06 DE OUTUBRO DE 1986, DO ESTADO DE PERNAMBUCO, DO PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA, DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO, DO ACORDÃO PROFERIDO POR AQUELA CORTE, BEM COMO VER-SÃO DOS REGISTROS TAQUIGRAFICOS DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 157057, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA REFERIDA LEI ESTADUAL.

16	SF OFS 7/1999	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL, COPIA DA LEI 1794, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1991, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DO PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPUBLICA, DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO E DO ACORDÃO PROFERIDO POR AQUELA CORTE, NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 171078, ATRAVES DO QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA LEI ESTADUAL.
17	SF OFS 1/1999	ENCAMINHA AO SENADO FEDERAL PARA OS FINS PREVISTOS NO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COPIAS DA LEI 6545, DE 2 DE JUNHO DE 1991, DO MUNICIPIO DE CAMPINAS (SP), DO PARECER DA PROCURADORIA- GERAL DA REPUBLICA, DA CERTIDÃO DE TRANSITO EM JULGADO E DO ACORDÃO PROFERIDO POR AQUELA CORTE NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 199517, QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA REFERIDA LEI.
18	SF OFS 45/2000	Encaminha ao Senado Federal cópia da Lei Municipal nº 1513, de 27 de dezembro de 1989, do Município do Rio de Janeiro, do parecer da Procuradoria-Geral da República, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 200324, que declarou a inconstitucionalidade do art. 1º da referida lei municipal, que deu nova redação ao art. 29 da Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984, daquele município.
19	SF OFS 23/2000	Encaminha ao Senado Federal para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia da Lei nº 8.870, de 18 de julho de 1989, do Estado do Rio Grande do Sul, parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos da Ação Originária nº 517, que declarou a inconstitucionalidade do vocábulo "mensal", constante do art. 1º, e de todo o texto do art. 2º, ambos da referida Lei Estadual, Esclarece, ainda, que recebeu, também, o Ofício nº 53 de 2000, do referido Tribunal, encaminhando a Ação Originária nº 527, referente ao mesmo assunto, que passa a integrar o processo do Ofício nº S/23, de 2000.
20	SF OFS 22/2000	Encaminha ao Senado Federal para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia da Lei nº 8.878, de 18 de julho de 1989, do Estado do Rio Grande do Sul, parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos da Ação Originária nº 627, que declarou a inconstitucionalidade do vocábulo "mensal", constante do art. 1º, e de todo o texto do art. 2º, ambos da referida Lei Estadual.
21	SF OFS 21/2000	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia da Lei nº 8874, de 18 de julho de 1989, do Estado do Rio Grande do Sul, do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos da Ação Originária nº 604, que declarou a inconstitucionalidade das seguintes expressões, constantes dos arts. 1º, 2º e 3º da referida Lei Estadual: "mensal", "em cada ano" e "vedada, no caso de acumulação de férias, a dupla percepção da vantagem". Esclarece, ainda, que recebeu, também, os Ofícios nºs 46 a 51, de 2000, do referido Tribunal, encaminhando as Ações Originárias nºs 610, 521, 531, 602, 608 e 623, respectivamente, todos referentes ao mesmo assunto, que passam a integrar o processado do Ofício nº S/21, de 2000, que vai à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa.
22	SF OFS 38/2001	Encaminha ao Senado Federal cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do Recurso nº 229450, que declarou a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (assegura a concursado o provimento no cargo no prazo máximo de cento e oitenta dias, contando da homologação do resultado).

23	SF OFS 27/2001	Encaminha ao Senado Federal, cópia do acórdão proferido no recurso extraordinário mencionado, mediante o qual o plenário desta corte declarou a inconstitucionalidade do inciso XXII do artigo 52 da Lei Orgânica do Município de Antonina/PR, e da alínea b do inciso XXIII do mesmo artigo, na redação imprimida pela Emenda à Lei Orgânica do Município de Antonina nº 7, de 4 de junho de 1992.
24	SF OFS 26/2001	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 188391, que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 86, I, II e III; 87, I e II; 91; 93, I e II; 94, I e II, todos da Lei nº 6989, de 29 de dezembro de 1966, do Município de São Paulo (inconstitucionalidade de taxas por não terem por objeto serviço público divisível).
25	SF OFS 25/2001	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 116121, que declarou a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, na redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, pronunciando, ainda, a inconstitucionalidade da mesma expressão, contida no item 78 do § 3º do artigo 50 da Lista de Serviços da Lei nº 3750, de 20 de dezembro de 1971, do Município de Santos - SP (inconstitucionalidade de imposição de ISS sobre contrato de locação).
26	SF OFS 9/2001	Encaminha ao Senado Federal para os fins previstos no artigo 52 inciso X, da Constituição Federal, cópia da Lei Estadual nº 5466, de 26 de setembro de 1991, do Estado da Paraíba, do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do habeas corpus nº 71713, que declarou a inconstitucionalidade do art. 59 da referida lei estadual (competência dos juizados especiais de pequenas causas).
27	SF OFS 4/2001	Encaminha ao Senado Federal cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, cópia da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos da Ação Originária nº 526, que declarou a inconstitucionalidade do vocábulo "mensal", constante do artigo 1º, e, na totalidade, do artigo 2º, ambos da Lei nº 8.870, de 18 de julho de 1989, do Estado do Rio Grande do Sul (gratificação de férias para magistrados).
28	SF OFS 1/2001	Encaminha ao Senado Federal cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e dos acórdãos proferidos por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 183906, que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 3º a 9º da Lei nº 6556, de 30 de novembro de 1989, e nos embargos de declaração a ele opostos, que estenderam a inconstitucionalidade aos artigos 1º a 5º da Lei nº 7003, de 27 de dezembro de 1990, ambas do Estado de São Paulo (recursos do ICMS).
29	SF OFS 10/2002	Encaminha ao Senado Federal cópia da Lei Municipal nº 1990, de 1988, do Município de Manaus, Estado do Amazonas, do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 14612, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 21 da referida lei municipal (Imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos).
30	SF OFS 6/2002	Encaminha ao Senado Federal para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia da Lei Estadual nº 8874, de 18 de julho de 1989, do Estado do Rio Grande do Sul, do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos da Ação Originária nº 516, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º da referida Lei (gratificação de férias aos membros do Ministério Público).

31	SF OFS 5/2002	Encaminha ao Senado Federal para os fins previstos no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia da Lei Complementar nº 118, de 12 de dezembro de 1990, do Município de Novo Hamburgo - RS, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 225132, que declarou a inconstitucionalidade do art. 1º da referida lei complementar municipal, que deu nova redação ao art. 15 da Lei nº 48, de 20 de dezembro de 1973 (Código Tributário Municipal).
32	SF OFS 4/2002	Encaminha ao Senado Federal para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia da Lei Municipal nº 7.673, de 23 de março de 1995, e do Decreto nº 9.643, de 10 de maio de 1995, ambos do Município de Fortaleza/CE, do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 264289, que declarou a inconstitucionalidade do art. 10 da referida lei municipal que institui gratificação sobre produtividade para os integrantes do quadro de Procuradores do Município.
33	SF OFS 32/2004	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da legislação, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do Acórdão proferido por aquela corte, nos autos da Ação Originária nº 864, que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 11.564, de 18 de agosto de 1998, do Estado de Pernambuco (fixação do subsídio mensal dos membros do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco).
34	SF OFS 29/2004	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado, da legislação e do Acórdão proferido por aquela corte, nos autos do Inquérito nº 1915, que declarou a inconstitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre/RS (crimes de responsabilidade do Prefeito).
35	SF OFS 4/2004	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 194657, que declarou a inconstitucionalidade do art. 12 e seus parágrafos da Lei nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975, do Estado do Rio Grande do Sul (Estatuto Estadual da Magistratura).
36	SF OFS 2/2004	Encaminha ao Senado Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do recurso extraordinário nº 258.980, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º e da expressão "...retroagindo os efeitos do disposto no art. 1º, a 1º de fevereiro de 1995.", constante do art. 7º da Lei nº 11.722, de 13 de fevereiro de 1995, do Município de São Paulo (reajusta os vencimentos e os salários do funcionalismo municipal).
37	SF OFS 44/2007	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da referida legislação, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 408914 que declarou a inconstitucionalidade do artigo 250 do Decreto-Lei nº 05, de 15 de março de 1975, com as redações sucessivamente dadas pela Lei nº 3.188, de 22 de fevereiro de 1999, e pela Lei nº 3.334, de 29 de dezembro de 1999, todos do Estado do Rio de Janeiro (Recurso administrativo - depósito prévio).
38	SF OFS 66/2009	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da referida legislação, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido por aquela corte, nos autos do Habeas Corpus nº 90.900, que declarou a inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.819, de 2005, do Estado de São Paulo (dispõe sobre a implantação de aparelhos de videoconferências para interrogatório e audiências de presos à distância).

39	CN AVN 43/2002	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do artigo 5º, inciso I da Lei nº 10028, de 19 de outubro de 2000, o Relatório de Gestão Fiscal - instituído pela Lei Complementar nº 101, de 2000, artigo 54, inciso III - referente ao primeiro quadrimestre de 2002.
40	SF DIV 8/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE EM SESSÃO PLENARIA REALIZADA NO DIA 05 DO CORRENTE MES, DEFERIU EM PARTE, POR MAIORIA DE VOTOS, O MANDADO DE INJUNÇÃO 448-0/400, PARA RECONHECER A EXISTENCIA DA MORA, DANDO CIENCIA PARA QUE SEJA REGULAMENTADO O DISPOSTO NO INCISO V DO ART. 203 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
41	SF DIV 10/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MAIORIA DE VOTOS, REFERENDOU O DESPACHO DE 23 DE JANEIRO DE 1992, DO MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI, SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 675-4/600, QUE SUSPENDERA CAUTELARMENTE A VIGENCIA DAS EXPRESSÕES 'CUMPRINDO-SE, DESDE LOGO, A DECISÃO OU SENTENÇA, ATRAVES DE PROCESSO SUPLEMENTAR OU CARTA DE SENTENÇA' E EXONERADO O BENEFICIARIO DE RESTITUIR OS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DA LIQUIDAÇÃO CONDICIONADA', CONTIDAS, RESPECTIVAMENTE, NO CAPUT DO ART. 130 E NO SEU PARAGRAFO UNICO DA LEI 8213, DE 24 DE JULHO DE 1991.
42	SF DIV 11/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE EM SESSÃO PLENARIA REALIZADA NO DIA 16 DE JUNHO DE 1994, DEFERIU, EM PARTE, O PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR CONCERNENTE AO PROCESSO 1.055-7/600, DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
43	SF DIV 12/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DEFERIU, EM PARTE, O MANDADO DE INJUNÇÃO 335-1/400, POR MAIORIA DE VOTOS, PARA RECONHECER A MORA DO CONGRESSO NACIONAL EM REGULAMENTAR O PARAGRAFO TERCEIRO DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
44	SF DIV 13/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SESSÃO PLENARIA REALIZADA NO DIA 07 DO CORRENTE MES, DEFERIU EM PARTE, POR MAIORIA DE VOTOS, O MANDADO DE INJUNÇÃO 429-3/400, PARA RECONHECER A PERSISTENCIA DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL QUANTO A OBRIGAÇÃO DE LEGISLAR SOBRE O ART. OITAVO, PARAGRAFO TERCEIRO, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITORIAS, DE 1988, BEM COMO, DESDE LOGO, A POSSIBILIDADE DE AJUIZAREM, OS BENEFICIARIOS DESSA NORMA TRANSITORIA, COM FUNDAMENTO NO DIREITO COMUM, A PERTINENTE AÇÃO REPARADORA ECONOMICA.
45	SF DIV 14/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SESSÃO PLENARIA REALIZADA NO DIA 07 DO CORRENTE MES, DEFERIU, POR MAIORIA DE VOTOS, O MANDADO DE INJUNÇÃO 355-6/600, PARA, RECONHECENDO UMA VEZ MAIS O ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL, ASSEGURAR AOS IMPETRANTES A POSSIBILIDADE DO EXERCICIO IMEDIATO, NA FORMA DO DIREITO COMUM, DA AÇÃO REPARATORIA A QUE SE REFERE O ART. OITAVO, PARAGRAFO TERCEIRO, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITORIAS, DE 1988.
46	SF DIV 18/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEFERIU, EM PARTE, POR UNANIMIDADE, O MANDADO DE INJUNÇÃO 439-1/400, PARA RECONHECER A PERSISTENCIA DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL, QUANTO A OBRIGAÇÃO DE LEGISLAR IMPOSTA PELO ART. OITAVO, PARAGRAFO TERCEIRO, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITORIAS, DE 1988.
47	SF DIV 23/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO JULGAR A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1153-7/600, DEFERIU, POR UNANIMIDADE, MEDIDA LIMINAR PARA SUSPENDER, ATE DECISÃO FINAL DA AÇÃO, A EFICACIA DO VOCABULO 'AVULSOS' CONTIDO NO INCISO I DO ART. 22 DA LEI 8212,

		DE 27 DE JULHO DE 1991.
48	SF DIV 25/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONHECEU EM PARTE O MANDADO DE INJUNÇÃO 438-2/400 E RECONHECEU A EXISTENCIA DA MORA DO CONGRESSO NACIONAL NA ELABORAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR A POSSIBILITAR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE, EM CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ITEM VII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
49	SF DIV 27/1994	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO JULGAR A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 167992-1/210, POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECEU DO RECURSO E DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO CAPUT DO ART. 10 DA LEI 2145, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1953, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. PRIMEIRO DA LEI 7690, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1988.
50	SF DIV 1/1991	COMUNICA AO SENADO FEDERAL, QUE EM SESSÃO PLENARIA REALIZADA NO DIA 27 DO CORRENTE MES, NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 447-6, REQUERENTE PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO, REQUERIDOS PRESIDENTE DA REPUBLICA E ESSE CONGRESSO NACIONAL, AQUELA SUPREMA CORTE, POR UNANIMIDADE DEFERIU O PEDIDO DE LIMINAR E SUSPENDEU, ATE O JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO, OS EFEITOS DA LEI 8155, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1990.
51	SF DIV 14/1991	COMUNICANDO AO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 447-6, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8155, DE 28 DE NOVEMBRO DE 1990.
52	CN DVN 4/1992	DO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOLICITANDO INFORMAÇÕES PARA JULGAMENTO DO 'HABEAS CORPUS' 69.608-SP, EM QUE E IMPETRANTE EDMUNDO COUTO E PACIENTE FERNANDO COLLOR DE MELLO, ALEGANDO QUE A CPI CRIADA PELO RQN 00052 1992, ESTA DESVIANDO DA APURAÇÃO DO 'FATO' QUE DETERMINOU SUA CONSTITUIÇÃO.
53	SF OF. 100/1988	COMUNICANDO A PRESIDENCIA DO SENADO FEDERAL, QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SESSÃO PLENARIA REALIZADA NO DIA 11 DO CORRENTE MES, JULGANDO A REPRESENTAÇÃO 1475-4, REPRESENTADOS O PRESIDENTE DA REPUBLICA E O SENADO FEDERAL, PROFERIU A SEGUINTE DECISÃO: 'JULGOU-SE PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO E DECLAROU-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO SETIMO DA LEI FEDERAL 7412, DE 06 DE DEZEMBRO DE 1985.
54	CN OFN 3/2009	Encaminha ao Congresso Nacional nos termos do art. 125 da Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007, o Relatório de Gestão Fiscal do 3º Quadrimestre de 2008, de que trata o artigo 54 da Lei Complementar nº 101/2000, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.
55	CN OFN 18/2009	Encaminha ao Congresso Nacional o Relatório das Contas do Supremo Tribunal Federal, relativas ao exercício de 2008.
56	CN OFN 23/2009	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do Art. 119 da Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008 e do Art. 54 da Lei Complementar nº 101/2000, Relatório de Gestão Fiscal do 1º Quadrimestre de 2009, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.
57	CN OFN 11/2008	Encaminha ao Congresso Nacional o Relatório das Contas do Supremo Tribunal Federal, relativas ao exercício de 2007, com os dados e demonstrativos requeridos por meio do Aviso nº 07/2007-TCU.
58	CN OFN 17/2008	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do art. 125 da Lei nº 11.439, de 29 de dezembro de 2006, o Relatório de Gestão Fiscal do 3º Quadrimestre de 2007, de que trata o artigo 54 da Lei Complementar nº 101/2000, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

59	CN OFN 27/2008	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do art.125 da Lei nº 11.439, de 29 de dezembro de 2006, o Relatório de Gestão Fiscal referente ao primeiro quadrimestre de 2008, de que trata o art. 54 da Lei Complementar nº 101/2000, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.
60	CN OFN 35/2008	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do art. 125 da Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007, o Relatório de Gestão Fiscal do 2º Quadrimestre de 2008, de que trata o artigo 54 da Lei Complementar nº 101/2000, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.
61	CN OFN 7/2007	Encaminha ao Congresso Nacional, o Relatório das Contas do Supremo Tribunal Federal, relativas ao exercício de 2006.
62	CN OFN 20/2007	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do art. 125 da Lei nº 11.439, de 29 de dezembro de 2006, o Relatório de Gestão Fiscal do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, referente ao 1º Quadrimestre de 2007.
63	CN OFN 27/2007	Encaminha ao Congresso Nacional em vista do que estabelece o artigo 125 da Lei nº 11.439, de 29 de dezembro de 2006, o Relatório de Gestão Fiscal do 2º Quadrimestre de 2007, de que trata o artigo 54 da Lei Complementar nº 101, de 2000, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.
64	CN OFN 6/2006	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, inciso I, da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, o Relatório de Gestão Fiscal, instituído pela Lei Complementar nº 101, art. 54, inciso III, referente ao terceiro quadrimestre de 2005.
65	CN OFN 13/2006	Encaminha ao Congresso Nacional, o Relatório das Contas do Supremo Tribunal Federal e nelas, incluídas, a do Conselho Nacional de Justiça, relativas ao exercício de 2005.
66	CN OFN 11/2005	Encaminha ao Congresso Nacional, o Relatório das Contas do Supremo Tribunal Federal, exercício de 2004.
67	CN OFN 1/2004	Encaminha ao Congresso Nacional, com base no artigo 5º, inciso I, da Lei nº 10028, de 19 de outubro de 2000, o Relatório de Gestão Fiscal - instituído pela Lei Complementar nº 101, artigo 54, inciso III - referente ao terceiro quadrimestre de 2003.
68	CN OFN 11/2004	Encaminha ao Congresso Nacional o Relatório das Contas do Supremo Tribunal Federal, relativas ao exercício de 2003.
69	CN OFN 17/2004	Encaminha ao Congresso Nacional, cópia do Relatório de Gestão Fiscal referente ao primeiro quadrimestre de 2004, tendo em vista o que determina o inciso I do Artigo 5º da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.
70	CN OFN 8/2003	Encaminha ao Congresso Nacional o Relatório das Contas do Supremo Tribunal Federal, relativas ao exercício de 2002.
71	CN OFN 14/2003	Encaminha ao Congresso Nacional, nos termos do artigo 5º, inciso I da Lei nº 10028, de 19 de outubro de 2000, o Relatório de Gestão Fiscal do Supremo Tribunal Federal, instituído pela Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, artigo 54, inciso III - referente ao primeiro quadrimestre de 2003.
72	CN OFN 20/2003	Encaminha ao Congresso Nacional, tendo em vista o que determina o artigo 5º, inciso I da Lei nº 10028, de 19 de outubro de 2000, o Relatório de Gestão Fiscal, do Supremo Tribunal Federal, instituído pela Lei Complementar nº 101/2000, artigo 54 inciso III, referente ao segundo quadrimestre de 2003.
73	SF OFS 7/1983	Encaminha ao Senado Federal cópias das notas taquigráficas e do acórdão proferido pelo supremo tribunal federal nos autos do recurso extraordinário 97250-1, do Estado de São Paulo, o qual declarou a inconstitucionalidade da expressão 'maçã e', constante da alínea 'e' do inciso xv, do artigo quinto, do regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias, aprovado pelo Decreto 5410, de 30 de dezembro de 1974, do Estado de São Paulo, na redação dada pelo artigo primeiro, inciso I, do decreto 14737, de 15 de fevereiro de 1980, do mesmo Estado. --> ANTERIOR A CF/88
74	SF OFS 59/1990	Encaminha ao Senado Federal, resultado da sessão plenária, realizada dia 21 de novembro de 1990, em que aquela corte julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade numero 41-1.

75	SF OFS 59/2000	Encaminha ao Senado Federal nos termos do disposto no art. 5º, inciso I, da Lei nº 10028, de 2000, o Relatório de Gestão Fiscal com dados acumulados até o segundo quadrimestre de 2000, instituído pelo art. 54, inciso III, da Lei Complementar 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).
76	SF OFS 9/2003	Solicita, na qualidade de Chefe do Poder Judiciário Nacional, a tomada de providências no âmbito da segurança pública, visando o combate à criminalidade.
77	SF OFS 31/2004	Comunica que o Supremo Tribunal Federal proferiu, nos autos do Inquérito nº 1070, decisão no sentido do recebimento da denúncia, somente com relação aos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.
78	SF OFS 30/2004	Comunica que o Supremo Tribunal Federal proferiu, nos autos do Inquérito nº 1608, decisão no sentido do recebimento da denúncia contra os acusados Luiz Otávio Oliveira Campos e outros, pela prática dos delitos dos arts. 19 e 20 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e do art. 299 do Código Penal.
79	SF OFS 43/2005	Comunica ao Senado Federal que o Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem no sentido de comunicar a decisão tomada por aquela corte em 22/09/2005, a qual, também por maioria de votos não conheceu do RE 44607, interposto contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que confirmou a cassação dos registros e diplomas expedidos em favor de João Rodrigues Capiberibe e outros, determinando, ainda que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, confirmada por esta corte no julgamento do RE 446907, de 22/09/05, produza os efeitos de direito, independentemente da publicação do respectivo acórdão.
80	SF OFS 33/2005	Encaminha ao Senado Federal a indicação do Juiz HUGO CAVALCANTI MELO FILHO, da Justiça do Trabalho de Pernambuco, para a composição do Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos do inciso IV do artigo 130-A da Constituição Federal e no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.
81	SF OFS 5/2006	Comunicando que a Excelentíssima Senhora Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET foi indicada pelo Supremo Tribunal Federal para exercer a Presidência do Conselho Nacional de Justiça.
82	SF OFS 4/2008	Comunica ao Senado Federal, que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 27 de fevereiro de 2008, conheceu da Ação impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, contra o Presidente da República e o Congresso Nacional, em Medida Cautelar em Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130.
83	SF OFS 64/2009	Comunica ao Senado Federal que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do mandado de segurança nº 27613, "por maioria, concedeu a segurança para determinar à Mesa do Senado Federal que cumpra imediatamente a decisão da Justiça Eleitoral, dando posse ao impetrante Acir Marcos Gurgacz, na vaga do Senador Expedito Gonçalves Ferreira Júnior".
84	SF OFS 39/2009	Comunica ao Senado Federal, de acordo com o que dispõe o inciso IV e V e no § 2º do art. 103-B da Constituição Federal, a indicação do Juiz de Direito PAULO DE TARSO TAMBURINI SOUZA, da Comarca de Belo Horizonte - Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para compor o Conselho Nacional de Justiça - Biênio 2009/2011.
85	SF OFS 30/2009	Informa ao Senado Federal, nos termos do que dispõe os incisos IV e V e no § 2º do art. 103-B, da Constituição Federal, a indicação do Desembargador MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, para compor o Conselho Nacional de Justiça - Biênio 2009/2011.
86	SF OFS 25/2009	Encaminha ao Senado Federal, nos termos do art. 130-A, V, da Constituição Federal, a indicação da Juíza Federal TAÍS SCHILLING FERRAZ, da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul - Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para compor o Conselho Nacional do Ministério Público - Biênio 2009/2011.
87	SF OFS 56/1996	artigo 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Pernambuco.
88	SF OFS 87/1997	SUB-ITEM 2.2.3 DO SETOR II DA TABELA III DA LEI 5641, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1989, DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE (MG)

89	SF OFS 22/1998	artigo 7º (sétimo), e seus incisos I e II da lei 6989, de 1966, do município de São Paulo, com a redação que lhe deu a lei 11152, de 30 de dezembro de 1991.
90	SF OFS 22/1999	art. 1º e 2º, inciso I, alínea a e inciso II, alíneas a e b, da Lei Municipal nº 6.580, de 05 de dezembro de 1989
91	SF OFS 24/1999	arts. 176 e 179 da Lei Municipal nº 480, de 24 de novembro de 1983, com a redação dada pela Lei nº 1.244, de 20 de dezembro de 1993, ambas de Niterói - RJ
92	SF OFS 26/1999	Lei nº 751, de 16 de maio de 1984, do Município de Auriflama-SP
93	SF OFS 25/1999	Leis nº 6.556, de 30 de novembro de 1989, 7.003, de 27 de dezembro de 1990, 7.646, de 26 de dezembro de 1991 e 8.207, de 30 de dezembro de 1992, todas do Estado de São Paulo.
94	SF OFS 43/1999	resolução nº 8, de 23 de fevereiro de 1994 do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.
95	SF OFS 46/1999	art. 1º da Lei nº 11.152, de 30 de dezembro de 1991, na parte que alterou a redação dos arts. 7º e 27 e respectivos parágrafos da Lei nº 6.989, de 29 de dezembro de 1966, com a redação que lhes foi conferida pelas Leis nº 10.394, de 20 de novembro de 1987, nº 10.805, de 27 de dezembro de 1989, e nº 10.921, de 30 de dezembro de 1990, todas do Município de São Paulo
96	SF OFS 49/1999	arts. 7º, I e II, e 27, da Lei nº 6.989, de 1966 do Município de São Paulo
97	SF OFS 50/1999	art. 4º da Lei nº 2.175, de 24 de novembro de 1989, do Município de Osasco - SP
98	SF OFS 52/1999	art. 10 da Lei Municipal nº 379, de 19 de dezembro de 1969, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 1.039, de 7 de dezembro de 1989, ambas do Município de Diadema (SP)
99	SF OFS 51/1999	art. 1º da Lei Municipal nº 10.389, de 26 de dezembro de 1990, do Município de São Carlos (SP)
100	SF OFS 37/2000	§ 1º do artigo 4º da Lei nº 5.803, de 04 de setembro de 1990, do Município de Ribeirão Preto/SP.
101	SF OFS 36/2000	artigo 10, II, da Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991, do Município de São Paulo/SP.
102	SF OFS 44/2000	art. 119 da Lei Municipal nº 744, de 25 de agosto de 1992, do Município de Nova Bassano - RS
103	SF OFS 60/2000	artigos 212 a 215 da Lei Municipal nº 1.942, de 1983, do Município de Votuporanga (SP).
104	SF OFS 15/2001	na Lei Complementar nº 9, de 1993, os arts. 3º, 5º e §§ 6º, 7º e 8º, II; no art. 7º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 8.034, de 1979, com a redação do art. 7º da Lei Complementar nº 9, de 1993, da expressão: "e do órgão Especial"; no Regimento Interno do Tribunal de Justiça, conforme a redação da resolução nº 70, de 1993: no art. 3º, da expressão: "da corte Especial"; do art. 8º, II; no art. 8º, §§ 1º e 2º, da expressão "a corte Especial"; do art. 12, I e II; no art. 28, da expressão "as da corte Especial"; do art. 34, I, "b" e, no § 2º, da expressão: "ou da corte Especial"; no art. 8º da resolução nº 70, de 1993, da expressão: "integrantes da corte Especial" (dispositivos normativos do Estado de Pernambuco)
105	SF OFS 17/2001	art. 1º da Lei nº 10991, de 13 de junho de 1991, do Município de São Paulo
106	SF OFS 23/2001	inciso V do artigo 9º da Lei nº 6490, de 1994, que modifica dispositivos da Lei nº 6176, de 18 de janeiro de 1993, ambas do Estado de Mato Grosso
107	SF OFS 39/2001	artigo 25 e parágrafo único da Lei Complementar nº 467, de 2 de julho de 1986, do Estado de São Paulo
108	SF OFS 7/2002	artigo 2º da Lei nº 3931, de 1991, e do artigo 1º da Lei nº 4196, de 1992 que deram nova redação ao artigo 15 da Lei nº 2210, de 27 de dezembro de 1977, todas do Município de Guarulhos/SP
109	SF OFS 13/2002	artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Municipal nº 3133, de 27 de junho de 1989, do Município de Araçatuba, Estado de São Paulo
110	SF OFS 12/2002	artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Lei Municipal nº 3133, de 27 de junho de 1989, do Município de Araçatuba, Estado de São Paulo
111	SF OFS 14/2002	artigo 17 e seu parágrafo único da Lei Municipal nº 6570, de 02 de março de 1988
112	SF OFS 16/2002	art. 47 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.
113	SF OFS 19/2002	artigo 119 da Lei nº 2303, de 2 de dezembro de 1991, do Município de

		Sarandi - RS
114	SF OFS 22/2002	Lei nº 11659, de 4 de novembro de 1994, do Município de São Paulo
115	SF OFS 21/2002	Lei nº 10521, de 20 de julho de 1995, do Estado do Rio Grande do Sul
116	SF OFS 24/2002	Lei Complementar nº 37, de 1998, do Município de Aracaju, Estado de Sergipe
117	SF OFS 25/2002	artigo 7º e parágrafos da Lei Municipal nº 7428, de 1994, com a redação dada pelo artigo 2º da Lei nº 7539, do Município de Porto Alegre
118	SF OFS 27/2002	artigo 2º da Lei Municipal nº 2080, de 30 de dezembro de 1993, do Município do Rio de Janeiro - RJ, na parte em que revogou o artigo 29 da Lei Municipal nº 691, de 24 de dezembro de 1984
119	SF OFS 28/2002	artigo 1º da Lei Estadual nº 13270, de 27 de julho de 1999, do Estado de Minas Gerais
120	SF OFS 29/2002	inciso I do artigo 29 da da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul
121	SF OFS 2/2003	artigo 68, inciso XI, da Constituição do Estado de Sergipe
122	SF OFS 5/2003	inciso III do art. 6º da Lei nº 6606, de 20 de dezembro de 1989, do Estado de São Paulo
123	SF OFS 13/2003	inciso II do artigo 17 do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais.
124	SF OFS 15/2003	Lei nº 10533, de 1993, do Estado do Paraná
125	SF OFS 16/2003	vocábulo mensal, constante do artigo 1º, e de todo o texto do artigo 2º, ambos da Lei nº 8870, de 1989, do Estado do Rio Grande do Sul
126	SF OFS 23/2003	Lei nº 10.851, de 10 de julho de 2001, do Estado de São Paulo
127	SF OFS 22/2003	expressão "Federal ou da", constante da alínea c do inciso I do artigo 106 da Constituição do Estado do Sergipe
128	SF OFS 21/2003	artigo 39 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Paraná
129	SF OFS 20/2003	inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro
130	SF OFS 29/2003	expressão "...ou a integração no ativo fixo de mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento...", contida no inciso II do § 1º do artigo 2º do Convênio ICM nº 66/88, e da expressão "...ou a integração no ativo fixo, de mercadoria... produzida pelo próprio estabelecimento.", contida no item 2 do § 1º do artigo 2º da Lei nº 6374, de 1º de março de 1989, do Estado de São Paulo
131	SF OFS 8/2004	parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela, Estado de São Paulo
132	SF OFS 14/2004	art. 14 da Lei Orgânica do Município de Guararapes/SP, de 1990
133	SF OFS 13/2004	§ 1º do art. 15 da Lei Orgânica do Município de Glicério/SP, de 1990
134	SF OFS 12/2004	§ 2º do art. 10 da Lei Orgânica do Município de Palmeira D'Oeste/SP, de 1990
135	SF OFS 11/2004	§ 2º do art. 15 da Lei Orgânica do Município de Alto Alegre/SP, de 1990
136	SF OFS 10/2004	Emenda nº 1/95, à Lei Orgânica do Município de Teodoro Sampaio/SP
137	SF OFS 16/2004	inciso II do art. 7º da Lei Orgânica do Município de Porto Ferreira, Estado de São Paulo, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 25 de fevereiro de 1992
138	SF OFS 15/2004	§ 2º do art. 11 da Lei Orgânica do Município de Pontes Gestal, Estado de São Paulo
139	SF OFS 21/2004	§ 2º do art. 20 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Goiás
140	SF OFS 20/2004	§ 3º do art. 90 da Constituição do Estado de São Paulo
141	SF OFS 25/2004	art. 2º e da expressão "retroagindo os efeitos dos disposto no art. 1º, a 1º de fevereiro de 1995" do art. 7º, da Lei nº 11.722, de 13 de fevereiro de 1995, do Município de São Paulo
142	SF OFS 27/2004	art. 7º da Lei Orgânica do Município de Ibitinga/SP, de 5 de abril de 1990, e do art. 9º da Lei Orgânica do Município de Tabatinga/SP
143	SF OFS 2/2005	expressão: "a qualquer título", do artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo
144	SF OFS 6/2005	art. 17 da Lei nº 1.354, de 22 de dezembro de 1979, com a redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 22 de dezembro de 1996, ambas do Município de Maringá, Estado do Paraná

145	SF OFS 10/2005	resolução nº 2.389/93, do Secretário de Fazenda do Estado de Minas Gerais
146	SF OFS 41/2005	inciso IV do caput e do § 1º do art. 19 do Decreto nº 3.017, de 1989, do Estado de Santa Catarina
147	SF OFS 44/2005	§ 6º do art. 1º da Lei nº 9.503, de 8 de março de 1994, do Estado de Santa Catarina
148	SF OFS 9/2006	Lei nº 10.424, de 24 de abril de 1990, do Estado de Pernambuco.
149	SF OFS 10/2006	§ 3º do art. 6º do Regimento Interno das Turmas Recursais do Estado de Minas Gerais, na redação dada pela Instrução nº 1, de 14 de agosto de 2002
150	SF OFS 45/2007	artigo 250 do Decreto-Lei nº 05, de 15 de março de 1975, com as redações sucessivamente dadas pela Lei nº 3.188, de 22 de fevereiro de 1999, e pela Lei nº 3.334, de 29 de dezembro de 1999, todos do Estado do Rio de Janeiro
151	SF OFS 49/2007	§ 6º do artigo 1º da Lei nº 9.503, de 8 de março de 1994, do Estado de Santa Catarina
152	SF OFS 21/2008	Lei Complementar nº 101, de 29 de dezembro de 1993, do Estado de Santa Catarina
153	SF OFS 12/2009	Ato nº 274, de 1997, do Conselho de Administração do Superior Tribunal Militar
154	SF OFS 11/2009	arts. 1º, inciso XI, e 198, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 1991
155	SF OFS 45/2009	artigo 1º do Decreto nº 3.979, de 30 de janeiro de 1995, que alterou a redação do artigo 5º do Decreto nº 66, de 17 de maio de 1991, do Estado da Bahia.
156	SF OFS 22/2010	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da versão do registro taquigráfico do julgamento, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso extraordinário nº 405.031, de 2008, que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 190 a 193 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.
157	SF OFS 53/2011	Encaminha, para os efeitos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no mandado de segurança nº 28.141, publicado no Diário da Justiça de 1º de julho de 2011, mediante o qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a segurança e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da alteração promovida na Tabela D da Lei nº 7.603/2001, pela Lei nº 8.943/2008, que institui contribuição para a Associação Matogrossense dos Defensores Públicos - AMDEP.
158	SF OFS 52/2011	Encaminha, para os efeitos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no processo RE nº 588.149, publicado no Diário da Justiça de 6 de junho de 2011, mediante o qual o Plenário da Suprema corte, por maioria, conheceu o recurso, e no mérito, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao extraordinário para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "e a seguradora" do artigo item 4 do § 1º do artigo 7º da Lei nº 6.374/89 do Estado de São Paulo.
159	SF OFS 11/2011	Encaminha ao Senado Federal, para os fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do parecer da Procuradoria-Geral da República, da certidão de trânsito em julgado e do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do recurso extraordinário nº 317.574, de 2010, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 99 da Lei Orgânica do Município de Betim, Estado de Minas Gerais.
160	SF OFS 50/2014	Encaminha, para os efeitos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no recurso extraordinário nº 527.109, mediante o qual o Plenário declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 2º, 3º e 4º da Lei Complementar nº 1.120/2003, do Município de Congonhal/MG.
161	SF OFS 45/2014	Encaminha, para os efeitos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no mandado de segurança nº 25.962, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 30 de outubro de 2014, mediante o qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 98 do Regimento Interno do Conselho

		Nacional de Justiça.
162	SF OFS 21/2014	Encaminha, para os efeitos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no recurso extraordinário nº 556.311, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 9 de junho de 2014, mediante o qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 39, incisos IV,V,VI,VIII, IX e X, e do artigo 40, caput e § 3º, ambos da Lei nº 731/2003, do Município de Estrela do Sul/MG (Estatuto e Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Município de Estrela do Sul - MG).
163	SF OFS 82/2015	Encaminha, para os efeitos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no recurso extraordinário nº 658.026 publicado no Diário da Justiça Eletrônica em 31 de Outubro de 2014, mediante o qual o Plenário declarou a inconstitucionalidade do inciso III, do art. 192, da Lei nº. 509/1999, do Município de Bertópolis/MG.
164	SF OFS 26/2015	Encaminha, para os efeitos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no recurso extraordinário nº 239.458, mediante o qual o Plenário declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 10.905 do Município de São Paulo.
165	SF OFS 3/2015	Encaminha, para fins previstos no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso extraordinário nº 680.089, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ (tributação sobre compras não presenciais).
166	SF OFS 2/2015	Encaminha, para os fins previstos no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso extraordinário nº 383.123, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 37, parágrafo único, incisos IV, V e VI, da Lei municipal nº 742/1990 - Lei Orgânica do Município de Pedranópolis/SP (lei complementar para tratar de servidores públicos municipais).
167	SF OFS 1/2015	Encaminha, para os fins previstos no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 103.803, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão: "os agentes públicos a ele equiparados", constante do art. 77, X, "a", da Constituição do Estado de Roraima (foro especial para agentes públicos equiparados a Secretários de Estado).

Anexo 5 - Listagem das ADIns sobre Emendas Constitucionais de *override* e leis *in your face* que tiveram os acórdãos analisados quanto à consideração dos argumentos do Congresso Nacional

Ordem	ADIn	Data Autuação	Data Decisão	Resultado	Julgada em conjunto com	Nº de páginas no acórdão	Informações do Congresso Nacional foram dispensadas	Conteúdo das Informações do Congresso Nacional	Consideração dos argumentos do legislativo por parte do STF
1	ADI-2797	27/12/2002	15/09/2005	Procedente	ADI-2860	224	Não	Defesa de Mérito	Sim
2	ADI-3685	09/03/2006	28/08/2008	Procedente		176	Não	Defesa de Mérito	Não
3	ADI-3772	10/08/2006	29/10/2008	Procedente em parte		73	Não	Defesa de Mérito	Não
4	ADI-4307	29/09/2009	11/04/2013	Procedente		24	Não	Defesa de Mérito	Não
5	ADI-4425	08/06/2010	14/03/2013	Procedente em parte	ADI-4357, ADI-4372 e ADI-4400	310	Não	Defesa de Mérito	Não
6	ADI-4578	30/03/2011	16/02/2012	Improcedente	ADC-29 e ADC-30	375	Não	Defesa de Mérito	Sim
Total de páginas analisadas						958			